Göttingen 196

DIE VORBEUGENDE FESTSTELLUNGSKLAGE IM VERWALTUNGSPROZESS

von

GÜNTER KREUTZIGER

Die vorbeugende Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß

Dissertation

zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt
von

Günter Kreutziger
aus Hamburg

Göttingen 1959

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Werner

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Arnold Köttgen

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Mai 1960

I N H A L T

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

A. Einleitung

B. Hauptteil

Kapitel 1

Die grundsätzliche Problematik der vorbeugenden Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß

§ 1 Die Fragestellung

§ 2 Der Begriff der vorbeugenden Feststellungsklage

1. Die vorbeugende Feststellungsklage als Institution des vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes
2. Die vorbeugende Feststellungsklage als Unterfall der allgemeinen Feststellungsklage

§ 3 Die vorbeugende Feststellungsklage als Abwehrklage

§ 4 Das Rechtskraftproblem des vorbeugenden Feststellungsurteils

§ 5 Die vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis

I. Das Problem

II. Die Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis nach der VO 165 und dem Rh.-Pf.VGG

III. Die Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage nach dem VGG

1. Der Wortlaut
2. Das Feststellungsinteresse
3. Der Streitgegenstand

IV. Das Ergebnis

§ 6 Das Ergebnis des Kapitels

Kapitel 2

Die Voraussetzungen der vorbeugenden Feststellungsklage

§ 7 Die Fragestellung

Teil 1

Das Rechtsverhältnis

§ 8 Der verwaltungsprozessliche Begriff "Rechtsverhältnis" in historischer Sicht

§ 9 Die Meinungen der verwaltungsrechtlichen und verwaltungsprozessualen Lehre

§ 10 Der Begriff " Rechtsverhältnis"

I. Die Definition

II. Das öffentliche Rechtsverhältnis

1. Die gesetzlichen Grundlagen
2. Die tatsächlichen Grundlagen

III. Das "Rechts"verhältnis

1. Allgemeines
2. Die Fallgruppen
3. Das Ergebnis

IV. Das Rechts"verhältnis"

V. Teile des Rechtsverhältnisses

VI. Das gegenwärtige Rechtsverhältnis

VII. Die Formen des Rechtsverhältnisses

§ 11 Status und Rechtsverhältnis

I. Der Begriff "Status"

1. Allgemeines
2. Der Inhalt des Status
3. Gesetzliche Regelung

II. Die Formen des Status

1. Status negativus
2. Status positivus
3. Status activus
4. Das Ergebnis

III. Die Umgestaltung des Status

Teil 2

Das Rechtsschutzbedürfnis

§ 12 Das Feststellungsinteresse

I. Die Rechtsnatur
II. Die tatsächliche Ungewißheit
III. Das berechtigte Interesse
IV. Das Interesse an alsbaldiger Feststellung
V. Das Subsidiaritätsproblem

Teil 3

§ 13 Das Ergebnis des Kapitels

Kapitel 3

Die vorbeugende Feststellungsklage im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes

§ 14 Die Fragestellung

§ 15 Die vorbeugende Feststellungsklage und die selbständige Normenkontrolle im Verwaltungsprozeß

I. Allgemeines
II. Das selbständige Normenkontrollverfahren
III. Der Vergleich des selbständigen Normenkontrollverfahrens mit der vorbeugenden Feststellungsklage

1. Äußere Unterschiede
2. Innere Berührungspunkte

IV. Das Ergebnis

§ 16 Die vorbeugende Feststellungsklage und die Aufhebungsklage

I. Allgemeines
II. Der Streitgegenstand der Anfechtungsklage
III. Der Vergleich der Anfechtungsklage mit der vorbeugenden Feststellungsklage
IV. Das Ergebnis

§ 17 Die vorbeugende Feststellungsklage und die Vornahmeklage
I. Allgemeines
II. Die vier Klagemöglichkeiten auf Vornahme einer Amtshandlung
III. Der Vergleich der vier Klagemöglichkeiten auf Vornahme einer Amtshandlung mit der vorbeugenden Feststellungsklage
IV. Das Ergebnis

§ 18 Die vorbeugende Feststellungsklage und die Unterlassungsklage
I. Allgemeines
II. Die Unterlassungsklage und das Aktionensystem
III. Die verwaltungsprozessuale Grundlage der Unterlassungsklage
IV. Der Vergleich der Unterlassungsklage mit der vorbeugenden Feststellungsklage
V. Die Vollstreckbarkeit als Unterschied
VI. Das Ergebnis

§ 19 Die vorbeugende Feststellungsklage und die einstweilige Verfügung
I. Die Fragestellung
II. Die einstweilige Verfügung
III. Der Vergleich der einstweiligen Verfügung mit der vorbeugenden Feststellungsklage
IV. Das Ergebnis

§ 20 Ergebnis des Kapitels

Kapitel 4

Das Anwendungsgebiet der vorbeugenden Feststellungsklage

§ 21 Allgemeines

§ 22 Die vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis

1. Einseitige und mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte

2. Belastende und begünstigende Verwaltungsakte

§ 23 Die vorbeugende Feststellungsklage im Gleichordnungsverhältnis

§ 24 Die vorbeugende Feststellungsklage im Grenzbereich

§ 25 Ergebnis des Kapitels

C. Schluß

Ergebnis der Untersuchung

Literaturverzeichnis

Albrecht : Über die Rechtsnatur der Feststellungsklage unter besonderer Berücksichtigung des Feststellungsinteresses nach § 256 ZPO. Diss. Göttingen 1932.

Auffenberg : Die clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht. Diss. Göttingen, 1936.

Bachof : Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im geltenden Recht DVBl. 1950, S.554 ff.

: Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Tübingen 1951.

: Verwaltungsgerichtbarkeit und Justiz. SJZ 1949 S. 378 ff.

: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes SJZ 1950 Sp. 161 ff. 488 ff.

: Aussetzung der Vollziehung und einstweiligen Verfügung im Verwaltungsprozeß. NJW 1949 S. 328 (Berichtigung S. 420) und S. 815.

: Gedanken über die künftige Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. DRZ 1950 S. 169 ff.

: Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes. DRZ 1950 S. 341 ff.

: Entscheidungsbesprechungen NJW 1949 S. 838 ff; MDR 1950 S. 375 ff. DVBl. 1950 S. 577 ff. JZ 1953 S. 411.

: Die Beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der amerikanisch besetzten Zone Deutschlands. DÖV 1949 S.364 ff.

: Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, Versuch einer Bilanz. DÖV 1953 S. 417 ff.

: Mitbericht zum Thema: "Der soziale Rechtsstaat in verfassungsrechtlicher Sicht". DÖV 1953 S. 754 ff.

Binr : Der Rechtsstaat, 1864.

Barring : Die Prozeßvoraussetzungen im Verwaltungsrechtsstreit. AöR Bd. 76 (1950) S. 435 ff.

: Die Rechtskraft der Verwaltungsakte. NJW 1952 S. 1073 ff.

Bergmann : Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren. Diss. München 1957 (Maschinenschrift).

: Das Rechtsschutzbedürfnis bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage. VerwArch.Bd. 49 (1958), Heft 4 S.333 ff.

: Probleme bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungs- und Zwischenfeststellungsklage. DÖV 1959 S.570 ff.

Bettermann : Naturalrestitution und Amtspflichtsverletzung. DV 1949 S.348 ff.

: Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt. MDR 1949 S. 394 ff.

: Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage. DVBl. 1953 S. 163 ff. und 202 ff.

: Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßlehre DVBl. 1951 S. 39 ff. 72 ff.

: Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom DVBl. 1952 S. 312 ff.

Blüher : Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtspflege. JahrbsächsOVG Bd.16 (1911) S.1 ff. und 97 ff.

Blomeyer : Tagung der deutschen Zivilprozeßlehrer am 26. und 27. April 1951 in Weinheim, MDR 1951, S.341 ff.

Bötticher : Die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Inzidentkontrolle der Verwaltungsakte durch die ordentlichen Gerichte. DVBl. 1950 S. 321 ff.

Bornhak : Preußisches Staatsrecht. 2. Auflage Breslau 1911 - 1914.

von Brauchitsch-Drews-Lassar : Die Preußischen Verwaltungsgesetze. 1. Bd. 24. Auflage, Berlin 1930.

Brauer : Die beiden Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren der britischen Zone. MDR 1951 S. 457 ff.

Bühler : Die subjektischen öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914.

Bunte : Die Parteistreitigkeiten im Verwaltungsstreitverfahren. Diss.Göttingen 1952 (Maschinenschrift).

Busch : Feststellungsklage in Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd.2, Berlin-Leipzig 1927, S.402 ff.

Dennewitz : Verwaltung und Verwaltungsrecht, Wien 1944.

Drews	: Grundzüge einer Verwaltungsreform. Berlin 1919.
Dyroff	: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz vom 8. August 1878, 7. Auflage, Ansbach 1928.
Eltzbacher	: Die Unterlassungsklage, Berlin 1906.
Ermann	: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Münster 1958.
Eyermann-Fröhler	: Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden. Kommentar, München-Berlin 1950.
Fenge	: Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage. Diss. Göttingen 1953 (Maschinenschrift).
	: Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten, DÖV 1956, S.392 ff.
Fertig	: Die hessische Verwaltungsrechtspflege. Diss. Giessen 1935.
Fleiner	: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Auflage Tübingen 1928.
Forsthoff	: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. 1, Allgemeiner Teil (2) 6. Auflage, München-Berlin (1951) 1956.
	: Der lästige Jurist, DÖV 1955 S.648 ff.
Gehring	: Streitgegenstand, Aktivlegitimation und Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß, DÖV 1954 S. 331 ff.
Geipel	: Die vorbeugende Unterlassungsklage. Berlin 1938.
Giese	: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin-Wien 1930.
Giesges	: Hamburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der sachlichen Zuständigkeit. Diss. Hamburg 1935/1947.
	: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg. Hamburg 1948.
	: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone - Hamburg 1948.
Goldberg	: Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren. Diss. Hamburg 1933.
Hatschek	: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 5. und 6. Auflage, Leipzig 1927.
Haueisen	: Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß. NJW 1952 S. 913.
	: Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens. DVBl. 1952 S. 521 ff.
	: Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, NJW 1953 S. 1165.

Huber : Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2, Tübingen 1954 2. Auflage.

Hufnagl : Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone. Berlin-München 1950.

van Husen : Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Stuttgart 1947.

Jacobsohn : Die Unterlassungsklage. Berlin 1912.

Jehle : Fürsorgerecht, 3. Auflage, München 1958.

Jellinek, Georg : System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Auflage. Tübingen 1905.

Jellinek, Walter : Verwaltungsrecht. 3. Auflage (Neudruck) Offenburg 1948.

: Besprechung von Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte. AöR Bd. 32 (1914) S. 580 ff.

: Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und Verwaltungsgerichte. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 2 S. 8 ff. Berlin-Leipzig 1925.

: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone. DRZ 1948 S. 271 ff.

: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone. DRZ 1948 S. 470 ff.

: Besprechung von Ule, Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihr Verhältnis von Justiz und Verwaltung AöR Bd.76 (1950) S. 134 ff.

: Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtssprechung SJZ 1950 S. 1 ff.

Kälker : Verwaltungsgerichtliche Rechtssprechung zur Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes nach § 51 MRVO 165. MDR 1952 S. 534 ff.

Kersten : Die Entwicklung und Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diss. Freiburg 1936.

Kisch : Beiträge zur Urteilslehre. In Festschrift zu August Sigmund Schultzes 70. Geburtstag, Leipzig 1903.

Klein : Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverfassungsgericht. DVBl.1950 S.200 ff., 229 ff.

Klinger	: Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone. 2. Auflage Göttingen 1953.
	: Der Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer beantragten Amtshandlung, NJW 1957, S. 654 ff.
von Köhler	: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart-Berlin 1935.
Koellreuther	: Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin 1936.
Kormann	: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
Laforet	: Deutsches Verwaltungsrecht. München 1937.
Lent	: Zivilprozeßrecht. 3. Auflage, München-Berlin 1949.
Lerche	: Ist die Nichtigkeit von Verwaltungsakten durch Anfechtungsklage oder Feststellungsklage geltend zu machen ? DVBl. 1952 S. 396 ff.
	: Rechtswegproblematik und die Beratungen zu einer Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, JZ 1953, S. 212 ff.
Loening	: Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat, DV 1949 S. 85 ff.
	: Zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. SJZ 1950 Sp. 255 ff.
Loppuch	: Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter Verwaltungsakte. NJW 1952 S. 1037 ff.
von Mangoldt	: Die Grundrechte. DÖV 1949 S. 261 ff.
von Mangoldt-Klein	: Das Bonner Grundgesetz. 2. Auflage, Berlin-Frankfurt 1957.
Mayer	: Deutsches Verwaltungsrecht. 1. Auflage (1895) 3. Auflage München-Leipzig 1924.
Menger	: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Eine verwaltungsrechtliche und prozeßgleichende Studie. Tübingen 1954.
Merkl	: Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien-Berlin 1927.
Müller	: Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren. ZMR 1952 S. 226.
Müller-Heidelberg Claus	: Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951, 2. Auflage, Hannover 1956.
Naumann, Albrecht	: Die allgemeine Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß. Diss. Hamburg 1952 (Maschinenschrift).

Naumann, Richard : Buchbesprechung von Werder-Labs-Ortmann "Verfahren vor den Verwaltungsgerichten". DVBl. 1950 S. 350.

: Referat auf dem 28. Deutschen Juristentag, Teil D: Verwaltungsgerichtliche Abteilung. Tübingen 1951.

: Zur verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, DVBl. 1951 S. 140 ff.

: Zum Stand der Beratungen über den Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung. DVBl. 1952 S. 584 ff.

: Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß. Sonderdruck aus: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht (Gedächtnisschrift für Walter Jellinek). Isar Verlag, München.

Nebinger : Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil. 2. Auflage. Stuttgart 1949.

Neukamp : Unterlassungsklage, öffentliche Strafdrohung und Wiederholungsgefahr. JW 1915 S. 113 ff.

Niese : Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklage im Verwaltungsprozeß. JZ 1952 S. 353 ff.

: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßlehre. Göttingen 1950.

Nikisch : Der Streitgegenstand im Zivilprozeß. Tübingen 1935.

Peters : Lehrbuch der Verwaltung. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1950.

Popp : Die "clausula rebus sic stantibus" im bayerischen Verwaltungsrecht. Diss. Würzburg 1933.

Redding : Rechtsverhältnis und verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage, DÖV 1956 S. 388 ff.

Reusch : Die Verwaltungsfeststellungsklage im preußischen und hamburgischen Recht. Diss. Hamburg 1925 (Maschinenschrift).

Richter : Das subjektive öffentliche Recht. AöR Neue Folge Bd. 8 (1925) S. 1 ff.

Ringe : Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen. DVBl. 1958 S. 378 ff.

Röttinger : Kommentar des badischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes. Heidelberg 1887.

Rupp : Die Beseitigungs-und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt. Eine Untersuchung zur prozeßrechtlichen Behandlung des schlichten Verwaltungshandelns insbesondere im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge. DVBl. 1958 S.113 ff.

Salinger : Die Unterlassungsklage nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts. Gruch.Bd.64 (1920) S.263 ff.

van de Sandt : Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone. Münster 1949.

Scherer : Die Durchsetzung von Verwaltungsgerichtsurteilen gegenüber einer widerstrebenden Behörde. Diss. Heidelberg 1949 (Maschinenschrift).

Schneider : Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung. DV 1949 S.142 ff.

Schultzenstein : Buchbesprechung von Seidel "Die Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß"; VerwArch. Bd.2 (1894) S. 571 ff.

: Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren. Recht 1910 S. 489 ff.

Schunck de Clerk : Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz vom 14. April 1950. Kommentar. Siegburg -St.Goar 1952.

Schwab : Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München - Berlin 1954.

Seidel : Die Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Diss. Göttingen 1893.

Somlo : Juristische Grundlehre. Leipzig 1917.

Stampehl : Über Beiladung Dritter am Verwaltungsstreit. Diss. Göttingen 1935.

Stephan : Die Unterlassungsklage. München 1908.

Thoma : Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Handbuch herausg.von Anschütz und Thoma, Bd. 2 (Tübingen) 1932, S. 607 ff.

: Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze, Bd. 2, S. 108 ff.

Traum : Die Feststellungsklage und ihre Zulässigkeit in den Verwaltungsstreitverfahren Preußens, Bayerns, Sachsens, Württembergs und Badens. Diss.Heidelberg 1926.

von Turegg : Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren. MDR 1952 S. 150 ff.

: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Berlin 1950.

Ule : Der 38. Deutsche Juristentag, DVBl. 1950 S.640 ff.

: Das Bundesverwaltungsgericht DVBl. 1952 S.517 ff.

Ule	: Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer in Bad Königstein, DVBl. 1950, S. 336 ff.
Vossen	: Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß. AöR Bd. (1909) S. 202 ff.
Wach	: Der Feststellungsanspruch. Leipzig 1889.
Walz	: Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit. DV 1951 S. 436 ff.
	: Von der Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Lande Baden-Württemberg. DÖV 1952 S. 577 ff.
Walz, Ernst	: Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden. Tübingen 1909.
Weber, Werner	: Gegenwartsprobleme der Verwaltungsordnung. DÖV 1951 S. 509 ff.
Wedemeyer	: Entscheidungen des bremischen Verwaltungsgerichts. Die Grundsätze zum bremischen öffentlichen Recht aus seinen Urteilen 1924-1929, dazu Nachtrag Nr.2 1931-1933, Bremen 1934.
von Werder-Labs-Ortmann	: Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten. Oldenburg 1949.
Weyreuther	: Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen ablehnenden Bescheid, DVBl. 1956, S. 633.
	: Die Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung. Diss. Hamburg 1952 (Maschinenschrift).
Wieczorek	: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957.
Wolff	: Der Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht. AöR Bd. 76 (1950) S. 205 ff.
Zweigert	: Anmerkung zum Urteil des Bez. VG (brit. Sektor) Berlin vom 25. Februar 1949. DV 1949 S. 525 ff.

Abkürzungen

aaO	= am angeführten Ort
Abl.	= Amtsblatt
Abs.	= Absatz
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ArchcivPr	= Archiv für die zivilistische Praxis
AVO	= Ausführungsverordnung
BB	= Der Betriebsberater
Bez.VG	= Bezirksverwaltungsgericht
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGG	= Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
DGO	= Deutsche Gemeindeordnung
Diss.	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DV	= Deutsche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	= Durchführungsverordnung
EVwGO	= Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GKO	= Gerichtskostengesetz
GO	= Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869/26. Juli 1900
GS	= Gesetzsammlung

GVBl.	= Gesetz und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
HansRZ	= Hanseatische Rechtszeitschrift
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
HWBRWiss	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaft herausgegeben von Stier-Somlo-Elster, Band 6 Berlin 1929
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
KO	= Konkursordnung
LG	= Landgericht
LM	= Nachschlagewerk von Lindenmaier-Möhring
LVG	= Landesverwaltungsgericht
MDR	= Monatszeitschrift für Deutsches Recht
nds	= niedersächsisch
Nds Rpfl	= Niedersächsische Rechtspflege
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PVG	= Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931
RAO	= Reichsabgabenordnung
Recht	= Das Recht
RFH	= Reichsfinanzhof
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rh.-Pf.VGG	= Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz
RIM	= Reichsinnenminister
Rspr	= Rechtsprechung
S.	= Satz oder Seite
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	= Spalte

VA	= Verwaltungsakt
VersR	= Versicherungsrecht
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung
VG	= Verwaltungsgericht
VGG	= Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	= Vergleiche
VO	= Verordnung
VO 165	= MRVO Nr. 165
VOBl.	= Verordnungsblatt
VerwRpflG	= Verwaltungsrechtspflegegesetz
VVO	= Verwaltungsgerichtliche Verfahrensordnungen
VwGO	= Bundesverwaltungsgerichtsordnung
WBStVR	= v.Stengel-Fleichmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (2. Auflage Tübingen 1911 - 1914)
WRV	= Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919
ZMR	= Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

A. Einleitung

I.

Während zahlreiche Autoren - z.B. Eyermann-Fröhler[1], Hufnagl[2], Klinger[3] und Menger[4] - die vorbeugende Feststellungsklage ablehnen, hatte sich Walter Jellinek[5] bereits 1925 auf der deutschen Staatsrechtslehrertagung in Leipzig mit seinem Referat "Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und Verwaltungsgerichte" für die vorbeugende Feststellungsklage eingesetzt. Er trug damals den Fall des Kieler Weltwirtschaftsinstituts vor:

Der Kieler Polizeipräsident habe das Verabreichen von Kaffee und sonstigen Getränken im Institut für Weltwirtschaft für genehmigungspflichtig gehalten. Der Direktor des Instituts sei anderer Ansicht gewesen, da das Kasino den Zubehör zu einer Unterrichtsanstalt bilde und daher nach §6 GO überhaupt nicht unter die GO falle. Da es in Preußen eine allgemeine Feststellungsklage nicht gegeben habe, sei der Polizeipräsident gebeten worden, eine im Verwaltungsstreitverfahren anfechtbare Verfügung zu erlassen. Er sei der Bitte in der Form nachgekommen, daß er auf das Unerlaubte des ungenehmigten Betriebes hingewiesen und die Anrufung der Staatsanwaltschaft in Aussicht gestellt habe. Die Beschwerde an den Regierungspräsidenten und die weitere Beschwerde an den Oberpräsidenten seien als unzulässig abgewiesen worden, da nur eine Warnung des Polizeipräsidenten, keine echte Verfügung vorliege. Das OVG (Preußen) hätte vermutlich ebenso entschieden. Damit sei der Leitung jede Möglichkeit genommen, den Rechtsfall vor eine verwaltungsgerichtliche Instanz zu bringen. In Hamburg und Bremen sei die allgemeine Feststellungsklage gerade auch für solche Fälle vorbeugenden Rechtsschutzes geschaffen worden. Man dürfe den Begriff" Rechtsverhältnis"nicht zu eng begrenzen. Ein Rechtsverhältnis sei im öffentlichen Recht schon dann gegeben,wenn zwischen Staat und Einzelnem Beziehungen bestünden,kraft deren auch nur

---

1) Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 24 Anm. I 1;
2) Hufnagl, Kommentar, S.135; beide Autoren zwar nicht ausdrücklich. Ihre Ausführungen lassen aber keinen anderen Schluß zu.
3) Klinger, Kommentar, § 52 Anm.
4) Menger, System, S.236; " Eine vorbeugende Feststellungsklage ist dem geltenden Recht unbekannt." Er begründet seine Ansicht nicht, sondern begnügt sich, auf das Urteil des OVG Hamburg vom 27. September 1951, DVBl. 1952, S.86 ff hinzuweisen;
5) Walter Jellinek, Schutz, VVDStL. Heft 2, S.62;
6) Vgl. S. dieser Abhandlung;

nach Meinung der Staatsbehörde ein Einschreiten gegen den Einzelnen zulässig sei. Gerade gegen drohende, aber noch nicht erlassene Verwaltungsakte bestehe ein unverkennbares Rechtsschutzbedürfnis[1) 2)].

Seitdem haben zahlreiche Autoren das Problem der vorbeugenden Feststellungsklage behandelt. In ihren Dissertationen haben Bergmann[3)] ("Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren"), Fenge[4)] ("Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage"), Albrecht Naumann ("Die allgemeine Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß") und Weyreuther ("Die Klage auf Unterlassung einer Amtshandlung") Teilfragen der vorbeugenden Feststellungsklage erörtert. Die Diskussion um den vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz - und damit um die vorbeugende Feststellungsklage - haben aber vor allem Richard Naumann[5)], Rupp[6)] und Ringe[7)] neu belebt[8)]. Die vorliegende Arbeit will die wesentlichen Probleme sammeln, ordnen und zu lösen versuchen.

II.

Kann der Verwaltungsrichter dem Staatsbürger in folgenden Fällen helfen ?

1) Der Pächter eines Grundstückes überbaute bei Errichtung eines Behelfsheimes das Nachbargrundstück. Als ihn das Zivilgericht zum Abbruch verurteilte, beantragte er bei der Behörde, sie möge das überbaute Grundstück nach dem RLG für ihn in Anspruch nehmen. Die Behörde ließ eine Ortsbesichtigung vornehmen und traf Anstalten, aus denen der Nachbar schließen konnte, die Behörde werde demnächst eine Leistungsanforderung

---

1) Vgl. Walter Jellinek, Schutz, VVDStL Heft 2 S. 62;
2) Walter Jellinek, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948 S.269-272, berichtet, auf der zweiten Heidelberger Tagung seien sich die Verwaltungsrichter darüber einig gewesen, daß die allgemeine Feststellungsklage in Fällen wie des Kieler Weltwirtschaftsinstituts zulässig sei.
3) Vgl. auch Bergmann, Rechtsschutzbedürfnis, VerwArch Bd.49 (1958) Heft 4 S.333 ff;Probleme, DÖV 1959 S.570 ff;
4) Vgl.auch Fenge, Feststellungsklage, DÖV 1956 S.392;
5) Richard Naumann, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Verhandlungen des 38. deutschen Juristentages, S.D.32 ff; Gedächtnisschrift, S. 391ff;
6) Rupp, Beseitigungs- und Unterlassungsklage, DVBl.1958 S.113 ff;
7) Ringe, Unterlassungsklage, DVBl.1958 S.378 ff;
8) Vgl.auch wegen der Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage Nebinger, Verwaltungsrecht,S.337 Anm.20,Stern NJW 1958, S.683;

erlassen. Der Nachbar klagte darauf beim Verwaltungsgericht vorbeugend auf Feststellung, daß der Staat nicht berechtigt sei, sein Grundstück nach dem RLG in Anspruch zu nehmen, um die Vollstreckung des Zivilurteils zu verhindern.[1)]

2) Der Eigentümer eines unbebauten Grundstückes beantragte, vorbeugend festzustellen, daß die Gemeinde nicht berechtigt sei, auf Grund der Ortssatzung und des darin erwähnten Teilbebauungsplanes sein Grundstück künftig in Anspruch zu nehmen, um eine Straße anzulegen[2)].

3) Die Polizei beschlagnahmte in den Räumen der Klägerin Exemplare einer Zeitung auf Grund einer Polizeiverordnung über das Verbot der Förderung der Volksbefragung gegen die Remilitarisirung Deutschlands. Die Klägerin erhob eine vorbeugende Feststellungsklage[3)] und beantragte, festzustellen, daß die Polizei verpflichtet sei, weitere Beschlagnahmen zu unterlassen[4)].

4) Ein Klempnermeister erhob vor Erfassung durch das Wohnungsamt eine vorbeugende Feststellungsklage mit dem Antrage, festzustellen, daß die Wohnungen seines Hauses Werkwohnungen seien.

5) Der Kläger beantragte vorbeugend, festzustellen, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, eine Werkwohnung auf dem Hofe des Klägers zu beschlagnahmen und den Wohnungsinhaber wieder in die Wohnung einzuweisen, nachdem dieser die Arbeit niedergelegt habe und durch zivilgerichtliches Urteil zur Räumung verurteilt sei.

6) Das Gesundsamt untersagte einer staatlich geprüften Heilgymnastin mit Ausbildung in der Bedienung von Kurzwellengeräten, die Kurzwellenbestrahlung selbständig zu verabfolgen, da diese als Ausübung der Heilkunde nur approbierten Ärzten erlaubt sei. Es hob das Verbot zwar später auf, behauptete jedoch, es dürfe die Ausübung der Heilkunde nicht verbieten, sondern könne eine Strafanzeige erstatten oder polizeirechtliche Maßnahmen einleiten. Es habe sich beides vorbehalten[5)].

---

1) Vgl. OVG Hamburg vom 13.März 1950,Bf.II 694/49, unveröffentl.;
2) Vgl. LVG Hannover vom 9.August 1951,DVBl.1952 S.381 ff (382);
3) Neben Anfechtungs- und Unterlassungsklage,
4) OVG Hamburg vom 27.September 1951, DVBl. 1952 S.86 ff und MDR 1952 S.186 ff;
5) Vgl. OVG Hamburg vom 28.Februar 1950, DVBl.1950 S.644;

7) Ein Heilpraktiker eröffnete eine Zweigniederlassung. Die Beklagte ließ ihm durch ihren Amtsarzt mitteilen, daß die Errichtung der Zweigniederlassung unzulässig sei und sie im Falle des Weiterbetriebes gegen ihn Strafanzeige erstatten werde[1].

8) Die Stadt Hamburg teilte dem Schiffahrtsverband mit, daß es sich bei den Hafenschiffahrtsentgelten nicht um Fest-, sondern um Höchstpreise handele. Der Verband sei bei Strafsanktionen der Stadt gegenüber verpflichtet, die Tagespreise im Verkehr anzuwenden.

9) Die Bundespost nahm für regelmäßig wiederkehrende Geldtransporte Polizeischutz in Anspruch. Als die Polizei mehrfach von ihr Gebühren verlangte, klagte sie vorbeugend auf Feststellung, daß die Polizei nicht berechtigt sei, für den Polizeischutz von Geldtransporten der Bundespost eine Verwaltungsgebühr zu berechnen[2].

10) Die Stadt Hamburg hat wiederholt Siedlungen in den von der klagenden Propstei der Ev.-Luth Landeskirche Schleswig-Holstein betreuten Randgebieten Hamburgs genehmigt, ohne ein Leistungsfestsetzungsverfahren nach dem preußischen Ansiedlungsgesetz oder dem preußischen Gesetz zum Reichssiedlungsgesetz für die Regulierung der kirchlichen Verhältnisse durchzuführen. Die klagende Propstei ist der Ansicht, daß die Stadt Hamburg nach den bezeichneten Gesetzen zur Durchführung eines solchen Feststellungsverfahrens unter Beteiligung der Klägerin verpflichtet sei. Die Stadt Hamburg bestreitet das und erklärt, die bezeichneten Gesetze gälten in Hamburg nicht. Auch in Zukunft werde sie an der bisherigen Handhabung des Ansiedlungsverfahrens festhalten.

11) Zwei Beamtengewerkschaften klagten vorbeugend auf Feststellung, daß ihre Mitglieder berechtigt seien, den nach der Landesverfassung vorgeschriebenen Eid hinsichtlich bestimmter Artikel der Verfassung zu verweigern[3].

---

1) Vgl. BVerwG vom 9. Mai 1957, MDR 1957 S. 503;
2) Vgl. OVG Hamburg 26. Januar 1952 - OVG Bf. II 94/51;
3) Vgl. OVG Münster vom 15. Januar 1951, DVBl. 1951 S.418;

In diesen Fällen steht also den Rechtsinhabern oder sonstigen Berechtigten eine öffentlich-rechtliche Maßnahme bevor.

Den Grundeigentümern droht die Inanspruchnahme, dem Verlag die Beschlagnahme der Zeitung, den Wohnungseigentümern die Beschlagnahme der Werkwohnungen, der Heilgymnastin, dem Heilpraktiker und dem Schiffahrtsverband Strafanzeigen, der Bundespost ständig Gebührenrechnungen, der Propstei die Nichthinzuziehung zu dem Siedlungsfestsetzungsverfahren und den Gewerkschaften die Vereidigung ihrer Mitglieder.

Was haben diese Fälle gemeinsam? Was unterscheidet sie?

Von diesen Fällen zeigt der Gewerkschaftsfall eine Besonderheit: Während in den übrigen Fällen die öffentlich-rechtliche Maßnahme den Rechtsinhaber unmittelbar bedroht, droht nicht den klagenden Gewerkschaften, sondern deren Mitgliedern die Vereidigung. Der Gewerkschaftsfall bedarf daher einer besonderen Behandlung.

In den übrigen Fällen ist folgende Unterteilung möglich:

Die drohende Enteignung von Grundstücksflächen sowie die drohende Beschlagnahme von Zeitungen und Werkswohnungen sind im Falle ihrer Verwirklichung Verwaltungsakte. Den Rechtsinhabern drohen also Verwaltungsakte.

Dagegen sind die drohenden Strafanzeigen keine Verwaltungsakte. Die Behörde droht dem Staatsbürger nur solche Maßnahmen an, die auch jeder einzelne Bürger vornehmen könnte. Es handelt sich bei den drohenden Strafanzeigen um schlichte Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Die Behörde steht in diesen Fällen zu dem bedrohten Staatsbürger nicht im Überordnungs-, sondern im Gleichordnungsverhältnis.

Sind die Gebührenrechnungen, welche die Polizei ständig der Bundespost schickt, oder die Nicht-Hinzuziehung der Propstei zu dem Siedlungsfestsetzungsverfahren Verwaltungsakte oder schlichte Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts? Steht in diesen Fällen die Polizei zur Bundespost oder die Stadt Hamburg zur Propstei im Überordnungs-, oder im Gleichordnungsverhältnis? Das ist zweifelhaft. Es handelt sich also bei dieser Fallgruppe um den Grenzbereich zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln.

Es liegen daher - mit Ausnahme des Gewerkschaftsfalles - drei Fallgruppen vor:

1) Es drohen Verwaltungsakte.
2) Es drohen schlichte Verwaltungshandlungen.
3) Es ist zweifelhaft, ob Verwaltungsakte oder schlichte Verwaltungshandlungen drohen.

Mit anderen Worten: Es stehen Verwaltungshandlungen im Subjektionsverhältnis, im Gleichordnungsverhältnis und im Grenzbereich bevor.

Ist in diesen drei Fallgruppen und im Gewerkschaftsfall die Feststellungsklage, die im Anschluß an Richard Naumann[1] für diesen Problemkreis als vorbeugende Feststellungsklage bezeichnet werden soll, zulässig? Kann der Verwaltungsrichter den Staatsbürger mit der vorbeugenden Feststellungsklage wirkungsvoll gegen drohende Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts schützen?

Um diese Fragen zu beantworten, sind vier Problemkreise gesondert zu behandeln:

1) Ist der Wirkungskreis der vorbeugenden Feststellungsklage derart beschaffen, daß er die drei Fallgruppen und den Gewerkschaftsfall umfaßt und der bedrohte Staatsbürger oder sonstige Berechtigte mit dem Feststellungsurteil hinreichend geschützt wird?

2) Wenn ja: Sind die Voraussetzungen der vorbeugenden Feststellungsklage in den drei Fallgruppen und in dem Gewerkschaftsfall gegeben?

---

1) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S. 393 ff; das Adjektiv" vorbeugend" ist umstritten, vgl. dazu im einzelnen Fenge, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten, DÖV 1956, S.394 Anm. 1c; Bergmann, Feststellungsklage, S.85; an dem Ausdruck "vorbeugend" ist dennoch festzuhalten. Er ist sprachlich anschaulich und rechtsdogmatisch besser. Vorbeugen bedeutet philologisch "verhindern", verhüten, zuvorkommen, präventieren". Diese Formulierung wirkt plastischer als Bergmanns farblose Bezeichnung "formlos konkretisiert". Die Rechtsordnung unterscheidet zwischen ausgleichenden und vorbeugenden Rechtsschutz. Das Adjektiv "vorbeugend" ordnet die Feststellungsklage dem vorbeugenden Rechtsschutz zu und läßt im übrigen besser als der Ausdruck "formlos konkretisiert" erkennen, daß die vorbeugende Feststellungsklage ein Unterfall der (allgemeinen) Feststellungsklage ist.

3) Wenn ja: In welchem Verhältnis steht die vorbeugende Feststellungsklage zu den anderen prozessualen Klageformen und Rechtsbehelfen? Können diese drei Fallgruppen nicht vielleicht mit der Normenkontrollklage, der Aufhebungsklage, der Vornahmeklage, der Unterlassungsklage oder der einstweiligen Verfügung besser und schneller entschieden werden, so daß die vorbeugende Feststellungsklage unnötig ist?

4) Welche Fallgruppen lassen sich demnach für die vorbeugende Feststellungsklage bilden?

Nach diesen vier Fallgruppen ist die vorliegende Arbeit gegliedert.

Kapitel 1

Die grundsätzliche Problematik der vorbeugenden Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß

§ 1

Die Fragestellung

Die vorbeugende Feststellungsklage ist sicherlich nur dann eine geeignete Abwehrklage gegen drohendes öffentlich-rechtliches Verhalten, wenn das Feststellungsurteil genügt, um die Behörde von der beabsichtigten Enteignung, Beschlagnahme, Strafanzeige, Gebührenrechnung usw. abzuhalten. Wird die Behörde allein auf Grund eines bloßen Feststellungsurteils von ihrer geplanten Maßnahme abstehen? Und weiter: Ist die vorbeugende Feststellungsklage in allen drei Fallgruppen - im Subjektionsverhältnis, im Gleichordnungsverhältnis und im Grenzbereich - sowie im Gewerkschaftsfall die geeignete Abwehrklage?

Die Erörterung der grundsätzlichen Problematik der vorbeugenden Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß wird diese Fragen beantworten.

§ 2

Der Begriff der vorbeugenden Feststellungsklage

1. Die vorbeugende Feststellungsklage als Institution des vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

Die vorbeugende Feststellungsklage ist ein Institut des verwaltungsgerichtlichen vorbeugenden Rechtsschutzes.

Die Rechtsordnung kennt zwei Arten von Rechtsschutz: den ausgleichenden und den vorbeugenden Rechtsschutz[1]. Der ausgleichende Rechtsschutz will die Folgen einer geschehenden Rechtsverletzung beseitigen. Künftige Rechtsverletzungen interessieren ihn nicht. Der vorbeugende Rechtsschutz will künftige Rechtsverletzungen verhindern. Ob er sie tatsächlich verhütet, ist ohne Belang. Eine erfolgte Rechtsverletzung kann er nicht ausgleichen. Sie bedeutet für ihn höchstens, daß weitere Rechtsverletzungen möglich sind. Beide Rechtsschutzformen überschneiden sich in einem wesentlichen Punkt: Je gründlicher der vorbeugende und der ausgleichende Rechtsschutz ausgebildet sind, desto geringer wird die Zahl der Rechtsverletzungen sein. Ein gut durchdachter ausgleichender Rechtsschutz wird in zahlreichen Fällen den vorbeugenden Rechtsschutz in den Hintergrund

1) Vgl. Eltzbacher, Unterlassungsklage, S. 222; Stephan, Unterlassungsklage, S. 1;

treten lassen. Dagegen wird ein lückenloser vorbeugender Rechtsschutz weitgehend den ausgleichenden Rechtsschutz unnötig machen können[1].

Die Rechtsordnung hat nun dem ausgleichenden Rechtsschutz stets besonderes Augenmerk gewidmet[2]. Sie hat im privaten und im öffentlichen Recht umfangreiche Systeme geschaffen, um Rechtsverletzungen in ihren Folgen zu beseitigen. Die Entwicklung des vorbeugenden Rechtsschutzes hat sie vernachlässigt.

Das läßt sich aus der Geschichte der wichtigsten bürgerlichrechtlichen Formen des vorbeugenden Rechtsschutzes - der Unterlassungsklage - ablesen.

Das römische Recht kannte keine Unterlassungsklage im heutigen Sinne[3]. Der Eigentümer konnte zwar mit der actio negatoria angemaßte Servituten abwehren. Dieser Rechtsbehelf war aber unzulänglich: der Kläger konnte mit ihr nur die Störung beseitigen, Schadensersatz verlangen und die Bestellung einer Sicherheitsleistung gegen Wiederholungen der Beeinträchtigung erreichen.[4] Auch die übrigen actiones[5] halfen nicht weiter, denn im alten römischen Recht konnten Klagebitte und Urteil nur auf ein dare, nicht auf ein facere oder non facere gerichtet sein.[6] Aus dieser am Wortlaut älteren Formeln hängenden Auffassung hat sich die Unterlassungsklage nur schwer entwickeln können.

Auch im gemeinen Recht haben die mittelalterlichen Gesetzgebungen und Lehren die Unterlassungsklage wenig gefördert. Sie haben lediglich prozessuale Regeln entwickelt, um eine Unterlassung zwangsweise durchzusetzen. Die materiell-rechtliche Seite der Unterlassungsklage wurde fast gar nicht beachtet.[7]

Das änderte sich erst in der Mitte des vorigen Jahrhunderts. Die Gesetze über den gewerblichen und künstlerischen Urheberschutz, sowie das Handelsgesetzbuch sehen Unterlassungsklagen vor. Sie gewähren

---

1) Vgl. zum Vorhergehenden Eltzbacher und Stephan aaO;
2) Zutreffend führt Eltzbacher, Unterlassungsklage, S.1 aus: Während die Medizin in unserer Zeit mehr und mehr angefangen habe, neben der Therapie die Prophylaxe zu pflegen, stehe in der Rechtswissenschaft immer noch im Verhältnis zum ausgleichenden Rechtsschutz der vorbeugende Rechtsschutz ungebührlich im Hintergrund;
3) Stephan, Unterlassungsklage, S.4;
4) Stephan aaO;
5) Vgl. Aufzählungen der einzelnen actiones bei Eltzbacher aaO, S.6;
6) Stephan, S.11;
7) Stephan, S.2, Eltzbacher, aaO S. 18-38;

aber nur einen beschränkten Schutz.[1]

Dem bürgerlichen Gesetzbuch ist dei Unterlassungsklage lediglich in den §§ 12, 862 und 1004 BGB ausdrücklich bekannt.

Im übrigen verweist das BGB an zahlreichen Stellen auf § 1004.[2] Es schützt damit bei rechtswidrigen Eingriffen und Wiederholungsgefahr: Name, Besitz, Eigentum, Erbbaurecht,[3] Grunddienstbarkeiten, Pfandrecht und Hypothek,[4] also die Persönlichkeitsrechte, die dinglichen Rechte und den Besitz. Diese durch Unterlassungsklagen geschützten Rechte konnten nicht ausreichen, Das Reichsgericht dehnte daher die Unterlassungsklage auf den Schutz aller absoluten Rechte, insbesondere der "sonstigen Rechte" des § 823 Abs.1 BGB und später auf bloße Rechtsgüter, wie z.B. Ehre, ungestörter Geschäftsbetrieb, Kredit aus.[5]

Später verlangte es kein Verschulden mehr und gab die sogenannte deliktische Unterlassungsklage auf.[6] Es forderte neben der Wiederholungsgefahr nur noch einen objektiven widerrechtlichen Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut. Auch dieses Erfordernis hielt es nach einer langen Entwicklung gegen zum Teil erheblichen Widerstand in der Literatur[7] für entbehrlich. Es erkannte also die vorbeugende Unterlassungsklage an. Damit hat es die Unterlassungsklage aus dem engen ausgleichenden Rechtsschutz herausgelöst und zu einem Institut des vorbeugenden Rechtsschutzes umgeformt.[8]

Dieselbe schleppende Entwicklung des vorbeugenden Rechtsschutzes findet sich auch im Verwaltungsprozeßrecht.

Die Geschichte der Verwaltungsgerichtdbarkeit beginnt in der Mitte des 19. Jahrhunderts.[9] Die Verwaltungsgerichtsbarkeit war eine Reaktion auf den absolutisch übersteigerten Polizeistaat.[10]

1) Stephan, S. 2;
2) §§ 1017, 1027, 1065, 1090, 1227, 1134 BGB;
3) Jetzt § 11 Abs.1 ErbbauVO;
4) Vgl. auch § 37 HGB, § 47 PatGes.; § 15 Gebrauchs Muster Ges.§24 WZG;
5) RG in RGZ Bd. 48 S. 114-129(120); Bd.116 S.151;
6) RG in RGZ Bd. 60 S. 6 ff (7);
7) Vgl. Flad, Unterlassungsklage, Jher.Jahrbuch Bd.70 (1921),S.336 ff; Geipel, Die vorbeugende Unterlassungsklage, S.9 ff; Planck-Strohal § 823 Anm. IV mit eingehenden Literaturnachweisen; Stephan, Unterlassungsklage, versucht in seiner Schrift das RG zu widerlegen; Salinger, Unterlassungsklage, Gruchots Beiträge Bd.69(1920) S.263 ff;
8) Vgl. auch Jakobsohn, Die Unterlassungsklage, S.48 ff; Rosenthal, Unterlassungsklage, LZ 1918, Sp.431 ff;
9) Vgl. dazu Forsthoff, Lehrbuch S. 412;
10) Vgl. Weyreuther Unterlassungsklage, S. 83;

Sie war ein Mittel, um die Staatsallmacht zu brechen, und dem Bürger einen rechtlich gesicherten Lebensraum zu schaffen. Der Bürger wollte nicht mehr von der Gnade des Staates abhängen. Der Staat sollte nur noch auf Grund von Gesetzen in Freiheit und Eigentum eingreifen dürfen. Unabhängige Verwaltungsgerichte sollten diese Rechte gewährleisten.[1)]

Zu dieser Zeit war die justizstaatliche Idee noch nicht überwunden,[2)] noch konnten die Zivilgerichte nur in sehr beschränktem Umfang vorbeugenden Rechtsschutz gewähren. Daher trat zwangsläufig im Verwaltungsprozeß eine Parallelentwicklung auf, wie sie sich innerhalb der bürgerlichen Gerichtsbarkeit vollzogen hat: Betonung des ausgleichenden und Vernachlässigung des vorbeugenden Rechtsschutzes.

Der Blick des Verwaltungsrichters war damals ausschließlich auf die Vergangenheit gerichtet. Er überprüfte die Maßnahmen der Behörden, nachdem sie ihre Entscheidung getroffen hatten. Er konnte lediglich die Verwaltungsakte bei Rechtswidrigkeit aufheben. Kurz: er hatte nur kassatorische Funktionen.

Darüber hinaus konnte er nur bestimmte Verwaltungsakte überprüfen. Das Enumerationsprinzip beschränkte seine Zuständigkeit. Erst allmählich näherte sich die Rechtsprechung der Generalklausel. Vereinzelt führte sie der Gesetzgeber - vor allem in Hansestädten- ein. Diese Entwicklung wurde 1933 jäh unterbrochen. Die bisherigen Generalklauseln wurden abgeschafft, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte immer mehr geschmälert und im Kriege fast aufgehoben.[3)]

Hatte bei dieser Entwicklung der kassatorische Rechtsschutz schon um seine Existenz zu kämpfen, so blieb erst recht für vorbeugenden Rechtsschutz kein Raum. Die Hanseatischen Verwaltungsgerichte gewährten zwar vereinzelt vorbeugenden Rechtsschutz, auch setzte Walter Jellinek 1925 energisch dafür ein, Lehre und Rechtsprechung verhielten sich jedoch ablehnend.[4)]

Bis 1945 hatte sich ein vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß nicht ausgebildet.[5)]

1) Vgl. Weyreuther aaO;
2) Forsthoff, Lehrbuch S.447, meint zwar, die justizstaatliche Auffassung sei nicht Gemeingut in Deutschland geworden. Das ist insofern falsch, als die justizstaatliche Idee in den Hansestädten bis nach dem 1.Weltkrieg verwirklicht war. Vgl. auch Fritz Werner(Kassel) "Die Verwaltungspflege hört auf".DV 1949,S.169 ff;
3) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S.1; S.47 dieser Abhandlung;
4) Vgl. RGZ Bd. 158 S. 261;
5) Mit Ausnahme der Hansestädte während der Weimarer Republik; vgl. S.50ff dieser Abhandlung;

Wie ist die Rechtslage heute?

Die Probleme des vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes haben insbesondere Richard Naumann, Rupp und Ringe erörtert.[1)]

Richard Naumann hat im Anschluß an Walter Jellinek auf der Tagung des 38. deutschen Juristentages und hauptsächlich in seiner Schrift "Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß" verschiedene Probleme des vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes behandelt.[2)]

Die Feststellungsklage könne - wie er ausführt - in gewissem Umfang der vorbeugenden Abwehr von rechtswidrigen Eingriffen in die Rechte der Staatsbürger dienen und insoweit als vorbeugende Feststellungsklage bezeichnet werden.[3)] Sie sei eine Klage, die ein Feststellungsurteil begehre, das bestimmte belastende Verwaltungsakte gegenüber dem Feststellungskläger in der Zukunft möglichst ausschließe.[4)] Dieser Ausschluß künftiger Maßnahmen könne sich nicht unmittelbar aus der Rechtskraft des Feststellungsurteils ergeben, denn mit einem Feststellungsurteil werde nicht über einen materiellen Anspruch des Klägers auf Unterlassung bestimmter künftiger Verwaltungsmaßnahmen entschieden. Aus dem Feststellungsurteil solle sich aber wenigstens mittelbar die Antwort auf die - vorher zweifelhafte oder strittige - Frage mit ergeben, ob der Staat eine bestimmte Verwaltungsmaßnahme gegen den Staatsbürger ergreifen dürfe oder nicht. Werde z.B. festgestellt, daß der Kläger Beamter auf Lebenszeit sei, so werde damit praktisch der Erlaß eines Verwaltungsaktes für die Zukunft ausgeschlossen, der das Beamtenverhältnis durch Widerruf zu beenden suche.[5)]

Richard Naumann bringt weitere Beispiele und berührt dann die Frage der Subsidiarität der vorbeugenden Feststellungsklage gegenüber der Unterlassungsklage. Er führt aus: Im Verwaltungsprozeß sei zu bedenken, daß der Staat auch schon auf Grund eines bloßen

1) Vgl. auch wegen der Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage Nebinger, Verwaltungsrecht, S.6 Anm.1; Stern NJW 1958 S.683;
2) Richard Naumann, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Verhandlungen des 38. deutschen Juristentages, S. D 32 ff;Vom vorbeugenden Rechtsschutz, im folgenden Gedächtnisschrift genannt, S. 391 ff;
3) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.392;
4) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.394;
5) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.394;

Feststellungsurteils die entsprechend unzulässigen Verwaltungsakte unterlasse, das Rechtsschutzbedürfnis für Feststellungsurteile daher wesentlich eher bejaht werden könne als im Zivilprozeß, soweit nicht auch dort der Staat als Beklagter auftrete.[1]

Er beschreibt sodann die vorbeugende Feststellungsklage. Sie sei nicht so zu verstehen,- führt er aus - als erstrebe sie die Feststellung eines zukünftigen Rechtsverhältnisses. Sie stelle vielmehr die reguläre Klage auf Feststellung gegenwärtiger Rechtsverhältnisse aus Anlaß drohender Verwaltungsmaßnahmen dar. Daß eine nachteilige Verwaltungsmaßnahme lediglich bevorstehe, könne für die Feststellungsklage wegen des Rechtsschutzbedürfnisses, Feststellungsinteresses, von Bedeutung sein, spiele aber besonders bei der Frage eine Rolle, ob schon jetzt ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis vorliege, das festgestellt werden könne. Ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis gerade für solche Fälle, in denen die Behörde den Erlaß eines nachteiligen Verwaltungsaktes androhe, werde oft nicht geleugnet werden können. Auch die Verwaltung selbst könne an einer"Klarstellung im Vorwege" interessiert sein.[2]

Richard Naumann untersucht anschließend dei Frage, ob vor Erlaß des Verwaltungsaktes schon ein feststellbares Rechtsverhältnis vorliege.[3] Er geht davon aus, daß mit der Feststellungsklage erst in Zukunft möglicherweise entstehende Rechtsverhältnisse nicht festgestellt werden könnten. Sodann prüft er den Einwand: ein Rechtsverhältnis entstehe erst durch einen Verwaltungsakt. Vor Erlaß des Verwaltungsaktes bestehe noch kein Rechtsverhältnis, sondern bestenfalls ein allgemeiner, abstrakter Rechtszustand; dieser könne nicht durch Urteil festgestellt werden. Zu diesem Problem bemerkt der Autor:

Zweifel an der Richtigkeit dieses Einwandes bestünden schon deshalb, weil doch die Berechtigung des Staates, nachteilige Akte vorzunehmen, Voraussetzungen für den Erlaß des Verwaltungsaktes sei. Wenn aberder Staat berechtigt sein wolle, gegen einen Staatsbürger einen belastenden Akt vorzunehmen, dann sei dieses Recht doch offenbar die Folge ("Ausfluß") eines zwischen Staat und Staatsbürger auf Grund des Gesetzes bestehenden rechtlichen Verhältnisses. Walter Jellinek habe dieses dem Verwaltungsakt vorausgehende Rechtsverhältnis "ursprüngliches Rechtsverhältnis" genannt. Eingriffsrechte des Staates seien ohne solche Rechtsbeziehungen nicht denkbar.

1) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.395;
2) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.395;
3) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.397;

Durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes mögen die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Staatsbürger in besonders nachdrücklicher Weise individualisiert, verdichtet, verengt, konkretisiert werden, indem jetzt ein Einzelbefehl an den Staatsbürger gerichtet werde. Daß aber auch schon vor Erlaß eines Verwaltungsaktes konkrete Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Staatsbürger bestehen könnte, folge vor allem daraus, daß der Staatsbürger ein Recht auf Vornahme eines günstigen Verwaltungsaktes habe und mittels Verpflichtungsklage verfolgen könne.[1)]

Richtig sei, daß manche öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen in Gestalt konkreter Rechtsverhältnisse erst durch Verwaltungsakt konstituiert würden oder erst durch den vom Gesetz vorausgesetzten Antrag des Staatsbürgers konkrete Gestalt gewinne. Aus dem rechtsstaatlichen Grundrechtsverhältnis des Staatsbürgers zum Staat folge jedoch ein Unterlassungsanspruch. Auch der Anfechtungsklage liege letzten Endes der Unterlassungsanspruch zu Grunde. Die Pflicht des Staates zur Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe sei aber nach geschehenem Eingriff bereits unerfüllbar geworden, daher könne der Staatsbürger nur noch einen Anspruch auf Befreiung von dem geschehenen Eingriff, einen Restitutionsanspruch, den Anspruch auf Aufhebung der gesetzwidrigen Maßnahme geltend machen, wie er mit der Anfechtungsklage erhoben werde und wie er sich - nach etwa schon geschehenem realen Vollzug der Maßnahme - im Folgenbeseitigungsanspruch fortsetze.[2)]

Richard Naumann prüft sodann die Frage, wann ein verwaltungsgerichtlich feststellbares Rechtsverhältnis vorliegt, denn "nicht jede denkbare Beziehung zwischen Staat und Einzelnem ist ein Rechtsverhältnis".[3)] Er kommt zu dem Ergebnis, daß eine Feststellungsklage zulässig sei, wenn ein bestimmter Tatbestand verwirklicht sei, an den Rechtsnormen die Folge von Rechten und Pflichten des Staatsbürgers oder des Staates als Rechtsfolge knüpften. Es sei ausreichend, aber auch erforderlich, daß der vom Gesetz vorausgesetzte konkrete Tatbestand im Verhältnis vom Staat zu einem bestimmten Staatsbürger erfüllt sei. Diese Konkretisierung sei es, welche die Behörde dazu veranlasse, zwar noch keinen Verwaltungsakt zu erlassen, - wozu sie nach ihrer Auffassung ebenfalls befugt sei - aber

---

1) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S. 397;
2) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S. 398, 399;
3) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S. 399 zitiert Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 191;

doch eine Warnung, eine Androhung, eine Vermahnung oder auch nur die Kundgabe, sie werde mit den geeignet erscheinenden Mitteln nun, nachdem sich ein bestimmtes Rechtsverhältnis konkretisiert habe, gegen den Staatsbürger vorgehen.[1)]

Richard Naumann folgert aus seinen Untersuchungen: Es sei lediglich eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, ob einem von der Behörde angedrohten oder sonst in Aussicht gestellten nachteiligen Verwaltungsakt mit der Feststellungsklage vorgebeugt werden könne. DiesesFeststellungsinteresse könne fehlen, weil der von der Behörde angedrohte Akt in Kürze zu erwarten sei. Einspruch und Anfechtungsklage mit ihrer aufschiebenden Wirkung könnten den primären Anspruch des Staatsbürgers auf Unterlassung ungesetzlicher Maßnahmen effektiv genug schützen. Das Feststellungsinteresse bestehe aber, wenn die Behörde ihre Maßnahme erkennbar hinausschiebe, damit vor Versteifung der Angelegenheit durch Strafanzeigen und ähnliche Maßnahmen im Vorwege eine Klärung mit Hilfe des Verwaltungsgerichts erreicht werden könne.[2)]

Rupp[3)] nimmt zu diesem Problem wie folgt Stellung:

Der Staatsbürger müsse ein Recht zur Verteidigung haben, verletze die öffentliche Hand durch ein bestimmtes Verwaltungshandeln seine Rechtssphäre, sei es durch Abgabe ehrenrühriger oder geschäftsschädigender Erklärungen, sei es durch die Herausgabe bestimmter, in seinen Gewerbebetrieb eingreifender Broschüren, sei es durch den Versand von unwahren, ihn betreffenden Rundschreiben, wobei die Frage des materiellen Anspruchs oder - in herkömmlicher Form ausgedrückt - der Rechtsmäßigkeit des Verwaltungshandelns im Bereich des Rechtsschutzes keine Rolle spielen könne. In den geschilderten Fällen gewinne das Rechtsschutzbedürfnis im Lichte des Artikels 19 Abs.4 GG den Charakter eines Postulats. Es sei in der Tat eine zu enge und sinnwidrige Auslegung, wolle man aus dem Wortlaut des Artikels 19 Abs. 4 GG schließen, der Staatsbürger habe nur dann ein unabdingbares Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz, wenn er bereits in der Gegenwart "in seinen Rechten verletzt"sei, nicht aber, wenn eine derartige Rechtsverletzung erst drohe.[4)]

Rupp unterscheidet zwischen drohenden Verwaltungsakten und dro-

---

1) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.401,402;
2) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.402;
3) Rupp, Beseitigungs- und Unterlassungsklage,DVBl. 1958 S.113ff;
4) Rupp.aaO S.119 ff;

henden schlichten Verwaltungshandeln. Er fährt fort:

Grundsätzlich sei hier jede Verwaltungstätigkeit, die sich in Verwaltungsakten manifestiere, auszuscheiden. Drohe dem Staatsbürger erst in Zukunft der Erlaß eines Verwaltungsaktes, so gebe ihm das geltende Verwaltungsprozeßrecht im Anfechtungsverfahren genügend Möglichkeiten, sich hiergegen wirksam zu wehren. Gewiß, dies besage nichts anderes, als daß der Betroffene erst einmal den Erlaß des Verwaltungsaktes abwarten müsse. Damit seien aber noch keineswegs vollendete Tatsachen geschaffen. Der generelle Suspensiveffekt der Anfechtungsmittel habe gerade den Zweck, diese Wirkung vorgreiflicher Folgen auszuschließen, um den Staatsbürger in die Lage zu versetzen, ohne Schaden den Ausgang des Rechtsstreits in Ruhe abzuwarten. Für eine Unterlassungsklage bestehe insoweit in der Regel kein Rechtsschutzbedürfnis.[1)]

Ganz anders sei die Situation, drohe dem Staatsbürger ein ihn beeinträchtigendes Verwaltungshandeln, dem mit einer Anfechtungsklage nicht beizukommen sei. Sicherlich könne er sich in einem solchen Fall mit den Mitteln der Beseitigungsklage gegen derartige Maßnahmen, seien sie einmal erlassen, zur Wehr setzen. Doch bis schließlich über seine Beseitigungsklage ein rechtskräftiges Urteil ergehe, könnten bereits vorgreifliche Folgen in einem derartigen Ausmaß eingetreten sein, daß das Urteil, wie es auch ausfallen möge, für den Betroffenen lediglich theoretischen Wert besitze. Ein Rechtsschutz ohne Effektivität sei aber in Wahrheit kein Rechtsschutz. Mit anderen Worten: ein dem Suspensiveffekt ähnelndes oder in seinen Wirkungen gleichkommendes Institut sei in diesem Bereich nicht denkbar; das Rechtsschutzbedürfnis nach einer "vorbeugenden" Unterlassungsklage trete mit einem Male - wie im Zivilrecht - offen an den Tag. Zu überlegen sei allerdings, ob man die Wirkung des bei der Anfechtungsklage eintretenden Suspensiveffekts nicht etwa durch die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen herbeiführen könne. Hierbei sei aber folgendes zu bedenken: Sei die beeinträchtigende Maßnahme erst einmal ergangen, und habe sie durch ihre bloße Existenz schon Wirkungen ausgelöst, so lasse sich eine einstweilige Anordnung nur so denken, daß

---

1) Rupp aaO S. 119;

dem Beklagten aufgegeben werde, diese Wirkungen einstweilen nicht zu vergrößern. Eine Beseitigung der bereits eingetretenen Wirkungen im Wege einer einstweiligen Verfügung nehme den Hauptanspruch vorweg und sei deshalb schon nach allgemeinen Grundsätzen unzulässig. Auch die einstweilige Verfügung müsse also notwendigerweise in die Zukunft gerichtet sein, sie setze, da das Verfahren nur eine geschleunigte Prozeßform darstelle, materiell einen Unterlassungsanspruch voraus, der im ordentlichen Verfahren durchgesetzt werden könne. Verneine man also die Unterlassungsklage schlechthin, so könne der Kläger auch nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung die Wirkungen eines Verwaltungshandelns einstweilen abstoppen, sonst lasse sich materiell mit einer einstweiligen Verfügung mehr als im ordentlichen Verfahren erreichen. Das Verhältnis von Klage und einstweiliger Verfügung sei aber gerade umgekehrt.[1)]

Ringe[2)] knüft an Rupps Abhandlung an. Er führt im wesentlichen aus:

Voraussetzung für eine Unterlassungsklage sei, daß der Kläger einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Verwaltungsmaßnahme habe.[3)] Das Recht auf Unterlassung von Eingriffen und die damit korrespondierende Pflicht des Staates könnten verschiedenen Ursprungs sein. Der Anspruch könne einem Forderungsrecht oder einem Herrschaftsrecht entspringen. Bei den Herrschaftsrechten liege der Nachdruck auf dem Verhalten des Rechtsinhabers, auf seinem "Dürfen", bei den Forderungsrechten darauf, daß der Verpflichtete etwas "soll". Ein reines Forderungsrecht werde dem Unterlassungsanspruch selten zu Grunde liegen. Wie dem Staatsbürger kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch zustehe, so habe er auch keinen allgemeinen Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Gesetzesvollziehung. Es handele sich bei ihm regelmäßig um die "Abwehr" rechtswidriger Gesetzesvollziehung, um einen Anspruch, dessen Quellrecht ein Herrschaftsrecht sei.[4)]

Dem Recht des Staatsbrügers stünden Rechte des Staates gegenüber. Der Staat sei dem Einzelnen kraft öffentlicher Gewalt übergeordnet. Der Staat habe das große Vorrecht, sich irren zu dürfen. Für die Verwaltungsakte gelte der Grundsatz der Verbindlichkeit, d.h. sei seien auch bei Fehlerhaftigkeit, solange sie in Kraft seien, als geltend zu beachten. Irre sich die Behörde in der Auslegung oder Anwendung eines Rechts-

1) Rupp aaO S. 119;
2) Ringe, Unterlassungsklage, DVBl. 1958 S.378 ff;
3) Ringe aaO S.378; 4) Ringe aaO S. 379;

satzes, so berühre dieser Irrtum den Bestand und die Gültigkeit des Verwaltungsaktes zunächst nicht. Der Verwaltungsakt sei zwar anfechtbar, aber nicht nichtig. Außerdem hätten Verwaltungsakte eine Tatbestandswirkung in dem Sinne, daß jedes Ressort die Akte des anderen Ressorts zu respektieren habe. Unter diesem Gesichtspunkt sei in der Tat das Gewaltenteilungsprinzip verletzt, wenn die Gereichtbarkeit in der Lage sei, von vornherein Verwaltungsakte, soweit ihnen Verbindlichkeit beizulegen sei, zu unterbinden.[1)]

Hier liege eine echte Koolision vor. Die Lösung könne nur durch eine wertende Untersuchung gefunden werden. Der moderne Staat sei nicht nur ein Rechtsstaat, sondern zugleich Verwaltungsstaat. Neben dem Rechtswert, der ihn beherrsche, stehe nicht minder gebieterisch der Verwaltungswert, dem er zu dienen habe. Man befände sich im Spannungsfeld von Rechtsstaat und Verwaltungsstaat. Auch der liberale und demokratische Rechtsstaat sei ein Verband, in dem Herrschaft geübt werde. Die sich selbst bezeugende Kraft des Verwaltungsaktes sei nicht nur ein Gebot der Verwaltungsautorität, sondern zugleich Erfordernis eines Verwaltungssystems, das auf Rechtssicherheit und Vertrauensschutz zu Gunsten des Einzelnen aufgebaut sei. Es gehe hier also um wichtige Gesamtinteressen.[2)]

Auf der anderen Seite bleibe das Recht des Staatsbürgers auf Unterlassung (inhaltlich) rechtswidriger Verwaltungsakte grundsätzlich unberührt. Ihm bleibe das Recht unbenommen, gegen die Verwaltungsakte mit der Anfechtungsklage vorzugehen. Es gehe also auf der Seite des Staatsbürgers nur darum, daß er den Verwaltungsakt vorerst über sich ergehen lassen müsse. Eine ins Gewicht fallende Gefährdung durch den bloßen Erlaß des Verwaltungsaktes sei überhaupt zu leugnen, da es der Betroffene in der Hand habe, die Gefährdung seiner Rechtsgüter durch Rechtsmittel, die aufschiebene Wirkung hätten, und gegebenenfalls - bei Erlaß einer Vollziehungsanordnung - durch ein Aussetzungsverfahren abzuwehren.

Anders verhalte es sich mit den sog. Verwaltungshandlungen, die keine Verwaltungsakte seien. Ihnen sei nicht die den Verwaltungsakten eigentümliche "Verbindlichkeit" beizulegen, da nur Verwaltungsakte angefochten werden könnten und der Bürger

1) Ringe aaO S. 379;
2) Ringe aaO S. 380;

gegenüber solchen Handlungen sonst keinen Rechtsschutz besitze. Deshalb liege hier, wo es sich vorwiegend um die Abwehr der materiellen Funktionen des Staates handele, das eigentliche Bedürfnis für die Zulassung von Unterlassungsklagen. Dabei sei nicht in jedem Fall ein klares Übergewicht der Belange des Staates zu erkennen, das zur Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs führen müsse. Es bleibe deshalb bei dem grundsätzlichen Primat der Freiheitsrechte. Der Unterlassungsanspruch könne insoweit im Rahmen der ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen als "andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts" klageweise geltend gemacht werden.[1)]

---

1) Ringe aaO S. 380;

Richard Naumann ist im großen und ganzen zuzustimmen. Er beschreibt zutreffend das Wesen der vorbeugenden Feststellungsklage, den Begriff "Rechtsverhältnis" und das Feststellungsinteresse. Bedenken ergeben sich aber, wenn er das Anwendungsgebiet der vorbeugenden Feststellungsklage behandelt. Seine Ausführungen lassen nicht erkennen, ob er die vorbeugende Feststellungsklage als Abwehrklage nur gegen drohende Verwaltungsakte oder auch gegen drohendes schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge begreifen will. Er spricht einmal von Eingriffen, Verwaltungsmaßnahmen, Maßnahmen, Verwaltungsakten und schlicht von Akten. Andererseits setzt er die drohenden behördlichen Maßnahmen zum Einspruchsverfahren und zur Anfechtungsklage, die ihrer Natur nach Verwaltungsakte voraussetzen, in Beziehung. Ferner erörtert er nur Verwaltungsakte, wenn er das Ergebnis seiner Untersuchung zusammenfaßt. Das letztere spricht dafür, daß er lediglich aus sprachlichen Gründen den Ausdruck wechselte und stets Verwaltungsakte meint. Dann bleibt jedoch die Beantwortung der Frage offen, welche Möglichkeiten zur Verfügung stehen sollen, um drohendem rechtswidrigen schlichten Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge vorzubeugen.

Auch in der Beschränkung auf Verwaltungsakte geben seine Darlegungen zu Zweifeln Anlaß. Er will die vorbeugende Feststellungsklage zulassen, wenn die Behörde den Verwaltungsakt erkennbar hinausschiebt. Er unterscheidet nicht zwischen selbständigen und unselbständigen Verwaltungsakten. Will er deshalb auch dann die vorbeugende Feststellungsklage zulassen, wenn ein drohender Verwaltungsakt die zwangsläufige Folge eines anderen, bereits erlassenen Verwaltungsaktes ist, die Behörde aber diesen drohenden Verwaltungsakt sichtlich verzögert? Und weiter: Er ist der Ansicht, das Feststellungsinteresse könne fehlen, wenn der Verwaltungsakt unmittelbar bevorstehe. Der Ausdruck "kann" ist unbestimmt. Will er es damit auf den Einzelfall abstellen und auf eine feste Grenze verzichten? Oder wollte er nur ein Beispiel anführen?

Seine Ausführungen widersprechen sich außerdem in einem Punkt: Einmal behauptet er, Einspruch und Anfechtungsklage mit ihrer aufschiebenden Wirkung könnten den primären Anspruch des Staatsbürgers auf Unterlassung ungesetzlicherMaßnahmen effektiv genug schützen. Andererseits meint er, die Pflicht des Staates zur Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe sei nach geschehenem Eingriff bereits unerfüllbar geworden. Restitutions-, Folgenbeseitigungs- - und man könnte hinzufügen - Amtshaftungsanspruch träten an seine Stelle. Hat die Behörde den Verwaltungsakt verfügt, dann greift sie bereits in die individuelle Rechtssphäre des Staatsbürgers ein und bringt seinen Unterlassungsanspruch zum Erlöschen. In diesem Fall war der Rechtsschutz eben nicht effektiv genug. Richard Naumann hätte zwischen ideelen und realen Verwaltungsakten unterscheiden müssen. Höchstens bei ideellen Eingriffsakten können Einspruch und Anfechtungsklage mit ihrem Suspensiveffekt den Gewaltsunterworfenen schützen.

Hier stellt die Behörde die Rechtslage zunächst nur fest. Der eigentliche Vollzug, der reale Eingriffsfolgen auslöst, steht erst bevor. Hat aber die Behörde mit Realakten in die Rechtssphäre des Staatsbürgers eingegriffen, dann können Einspruch und Anfechtungsklage nur die weiteren Vollzugsfolgen hindern. Nach herrschender Ansicht in der Rechtssprechung kann eine Aussetzung der Vollziehung eines bereits vollzogenen Verwaltungsaktes begrifflich nicht mehr in Betracht kommen.[1] Weist z.B. das Ordnungsamt einen Obdachlosen in eine Wohnung ein, so bewirken Einspruch und Anfechtungsklage nicht, daß die Behörde den Obdachlosen zunächst in eine andere Notunterkunft bringt. Der Obdachlose bleibt in der Wohnung, unabhängig von dem Verwaltungsstreitverfahren, bis sich eine andere endgültige Unterkunft finden läßt oder die Behörde nach Abschluß des Verfahrens verurteilt ist, den Untergebrachten a.d.Wohng.herauszun.[2]

1) Vgl. Menger, System, S.107 mit Nachweisen; OVG Münster vom 29.Okt. 1953, MDR 1954 S.502, VGH Bremen vom 21.März 1955, MDR 1955 S.696; aa VGH Bayern vom 18. März 1952, DVBl.1954 S.474; LVG Hannover vom 1. Oktober 1955, MDR 1956 S.125;" Die verwaltungsgerichtlichen Aussetzungen eines bereits vollzogenen Verwaltungsaktes ist jedenfalls dann zulässig, wenn der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist und die Behörde durch rigoros schnelles Handeln vollendete Tatsachen geschaffen hat";

2) Vgl. den Fall, den das LVG Arnsberg am 31.Oktober 1957, DVBl.1958 S. 116 entschieden hat;

Das kann jahrelang dauern. Inzwischen kann der Eigentümer über die Wohnung noch nicht verfügen, und er muß die mit der Unterbringung verbundenen Belastungen ertragen. Er ist deshalb daran interessiert, daß die Behörde niemanden rechtswidrig in seine Wohnung einweist.

Rupp und Ringe beschreiten den entgegengesetzten Weg.[1)]

Nach ihrer Ansicht soll die vorbeugende Feststellungsklage nicht gegen Verwaltungsakte, sondern lediglich gegen das schlichte Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge möglich sein. Auch ihre Auffassungen geben zu Bedenken Anlaß. Das Bedenken ergibt sich vor allem daraus, daß Einspruch und Anfechtungsklage nicht gegen jeden Verwaltungsakt wirksam sind. Der Betroffene kann gegen adressatlose Verwaltungsakte beide Rechtsmittel nicht einlegen.[2)] Wie soll er sich aber schützen, wenn ein drohender adressatloser Verwaltungsakt seine individuelle Rechtssphäre ernsthaft gefährdet? Soll der Staatsbürger auch bei drohenden Realakten die Entwicklung "in Ruhe abwarten", obwohl Einspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben können? Ihre Ansicht setzt ferner voraus, daß eine scharfe Trennung zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln des Staates gefunden wird. Das ist bislang noch nicht der Fall. Im Grenzbereich steht nicht immer fest, ob die drohende Maßnahme ein Verwaltungsakt oder ein schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge sein wird. Wie soll entschieden werden, wenn die Behörde hoheitlich und nicht-hoheitlich handeln kann und beide Möglichkeiten dem Staatsbürger androht?

Wenn sie behaupten, der Staatsbürger könne die Entwicklung bei drohenden Verwaltungsakten in Ruhe abwarten, so ist das eine Fiktion. Droht die Behörde einem Gastwirt, ihm die Konzession zu entziehen, oder kündigt sie einem Grundeigentümer an, ihm ein Grundstück zu enteignen, so kann keine Rede davon sein, daß der Gastwirt oder der Grundeigentümer die behördlichen Maßnahmen in Ruhe über sich ergehen lassen. Es geht hier oft um Existenzfragen. Deshalb ist der Gewaltunterworfene an einer schnellen Klärung

1) Wenn man unterstellt, daß Richard Naumann die vorbeugende Feststellungsklage nur gegen Verwaltungsakte für möglich hält.
2) Vgl. Menger, System, S. 108;

der Rechtslage - möglichst im Vorwege - interessiert. Aber auch in weniger einschneidenden Fällen enthält jede Drohung des Staates gegen den Einzelnen mit einem Eingriff eine erhöhte Bedeutung wegen der "sozialen Gewichtsverteilung" [1] und der Autorität des Staates. Tiefgreifender als bei drohenden Handlungen der Staatsbürger untereinander beeinträchtigen drohende staatliche Handlungen - hauptsächlich auch Verwaltungsakte - die Motivation der Gewaltunterworfenen. Droht z.B. einem Automatenaufsteller ein Steuerbescheid, so muß er anders disponieren, als wenn ein Gastwirt droht, ihm das weitere Aufstellen der Automaten zu untersagen. Hat der drohende Steuerbescheid eine existenzgefährdende Höhe, so muß er sein Gewerbe aufgeben oder umstellen. Hat er dagegen Schwierigkeiten mit einem Gastwirt, so kann er mit anderen Gastwirten kontrahieren.
Die grundsätzliche Lösung dieser Frage hängt davon ab, wie Artikel 19 Abs.4 GG auszulegen ist. Nun ist aber gerade die Tragweite dieser Grundgesetzbestimmung nicht geklärt.[2] Lediglich darüber besteht Einigkeit, daß Artikel 19 Abs. 4 GG als das formelle Hauptgrundrecht weit auszulegen ist.[3] Soviel wird man aber sagen können: Artikel 19 Abs. 4 GG will die subjektiven öffentlichen Rechte schützen.

1) Vgl. Rupp, Beseitigungs- und Unterlassungsklage, DVBl.1958 S. 114;
2) Vgl. z.B. Bachsmann, Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1956 S. 269 ff; Schoen, Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955 S. 137 ff; Bergmann, Feststellungsklage, S. 290; vgl. ferner Mangoldt-Klein, GG, Artikel 19 Anm. VII 2, S. 570; Vgl. BGH vom 17.Oktober 1956, NJW 1956 S. 1873 ff; OVG Hamburg vom 30. Januar 1954, MDR 1954, S. 443; BGH vom 21. September 1953, NJW 1954, S. 32 ff; BVerfG vom 29.April 1954, NJW 1954 S. 833; LVG Hamburg vom 20. Januar 1953, MDR 1953 S. 380; OLG Hamburg vom 13. August 1952, BVBl. 1952 S. 696; VGH Freiburg vom 16. August 1951, NJW 1952 S. 317; BVerfG vom 13. Juni 1952, NJW 1952, S. 1129; BGH vom 17. Januar 1952, NJW 1952 S. 583; VGH Baden-Württemberg (3.Senat Karlsruhe) vom 11. Juli 1952, DVBl. 1952 S. 600; OLG Köln vom 19. November 1951, DVBl. 1951, DVBl. 1952 S. 309;

3) Fritz Werner, Anm. zum BFH Urteil vom 1. Dezember 1954, JZ 1955 S. 349;

Die subjektiven öffentlichen Rechte sind aber Abwehrrechte. Wann entsteht der Abwehranspruch? Die Grundrechte ähneln den privat-rechtlichen absoluten Rechten. Über die Frage, wann die Abwehransprüche entstehen, herrschte in der zivilrechtlichen Lehre Streit. Windscheid[1] behauptete, mit jedem absoluten Recht (z.B. Eigentum) entstünden ohne weiteres sogleich Ansprüche auf Unterlassung von Störungen. Sie richteten sich gegen jedermann, der überhaupt die Möglichkeit der Störung habe. Demgegenüber bezeichnete es Kohler[2] zutreffend als unnatürliche und weltschmerzliche Vorstellung, anzunehmen, daß sich jederzeit die ganze Mitwelt auf das Eigentum jedes Eigentümers stürzen wolle, so daß dieser ständig mit einer Unzahl von Unterlassungsansprüchen gewappnet sein müsse.

Der Unterlassungsanspruch besteht auch im Öffentlichen Recht nicht ohne weiteres. Erst wenn der Staat das Grundrecht bedroht, aktualisiert sich der Unterlassungsanspruch. Trifft der Staat Anstalten, gebie end oder verbietend in die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre des Staatsbürgers mit Verwaltungsakt oder schlichtem Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge einzudringen, so entwickelt sich aus dem potentiellen Unterlassungsrecht ein aktueller Abwehranspruch.[3]

Im Vorfeld des subjektiven öffentlichen Rechts stoßen dann die Handlungen des Staates und subjektives öffentliche Recht aufeinander.[4] Das Recht des Staates trifft auf das Recht des Staatsbürgers. In diesem Bereich liegt, um mit Ringe[5] zu sprechen, das Spannungsfeld von Rechtsstaat und Verwaltungsstaat. Den Wertkonflikt zwischen dem Recht des Staates, insbesondere der Verwaltung, und dem Recht des Staatsbürgers löst die Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: Überall da, wo die Verwaltung in Freiheit und Eigentum des Staatsbürgers eingreifen will, bedarf

---

1) Windscheid, Pandekten, S. 184;
2) Kohler, Lehrbuch, S. 175, mitgeteilt von Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 64,65;
3) Vgl. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S.65:"Unterlassungsrechte, die eine Abwehr bezwecken, kommen nur dann zur Entstehung, wenn eine Abwehr nötig ist, d.h. wenn ein Angriff erfolgt ist oder droht; um das letztere annehmen zu können, dafür wird man, sofern das positive Recht nichts anderes vorschreibt, allerdings nicht verlangen können, daß eine Störung schon einmal begangen worden ist."
4) Vgl. auch Menger, System, S.118,119;"Diese Rechtsstellung gewährt einen klagbaren Anspruch nämlich erst, wenn sie rechtswidrig beeinträchtigt wird; u.zwar richtet sich dieser Anspruch gegen den Beeinträchtigenden,den"Störer",welcher erst durch die Beeinträchtigung bestimmt wird. Es handelt sich also um eine öffentlich-rechtliche "actio negatoria",einen publizistischen Reaktionsanspruch.";
5) Vgl. S.17ff dieser Abhandlung;

sie der gesetzlichen Ermächtigung.[1] Die Herrschaft des Staates ist sachlich begrenzt. "Sie ist", wie es Georg Jellinek[2] zutreffend formulierte -"eine Herrschaft über nicht allseitige Subjizierte, d.h. über Freie. Dem Staatsmitglied kommt daher ein Status zu, in dem er Herr ist, eine staatsfreie, das Imperium verneinende Sphäre. Es ist die der individuellen Freiheitssphäre, des negativen Status, des status libertatis, in welcher die streng individuellen Zwecke durch die freie Tat des Individuums ihre Befriedigung finden."

Dieser Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt ausnahmslos. Ein Recht des Staates, sich irren zu dürfen, ist im Gegensatz zu Ringe nicht anzuerkennen. Es ist davon auszugehen, daß die Verwaltung grundsätzlich gesetzmäßig handelt. Irrt die Verwaltung, dann liegt ein Ausnahmefall vor. Der fehlerhafte Verwaltungsakt wird zwar - abgesehen von der Nichtigkeit - als verbindlich behandelt. Das sichert der erlassenden Behörde die alleinige Verfügung über die Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes. Vor allem dient dieser Grundsatz der Rechtssicherheit. Es liegt hier genauso wie bei einem fehlerhaften, aber noch nicht rechtskräftigen Urteil. Einen Grundsatz, daß Richter sich irren dürfen, gibt es auch nicht. Dennoch äußert das fehlerhafte, noch anfechtbare Urteil eine Tatbestandswirkung: die anderen Gerichte und Verwaltungsbehörden müssen dieses Urteil zunächst als wirksam behandeln. In diesen Fällen - beim fehlerhaften Verwaltungsakt und Urteil - bleibt es aber - und das ist das Entscheidende - dem Betroffenen überlassen, ob er sich wehren will. Unterläßt er es, dann werden der Verwaltungsakt und das Urteil aus Gründen der Rechtssicherheit und nicht, weil Verwaltungsbeamte und Richter sich irren dürfen, rechtskräftig.

Hat der Staatsbürger einen aktualisierten Unterlassungsanspruch, dann muß er den Rechtsweg beschreiten können. Er muß seine Rechte so früh wie möglich verteidigen dürfen. Er muß mit den Abwehrmaßnahmen im Vorfeld der subjektiven öffentlichen Rechte beginnen, wenn die Beeinträchtigung droht. Ist dagegen die Verletzung erfolgt, dann kämpft er im Hauptfeld seiner subjektiv-öffentlichen Rechtsstellung. Der ihm gewährte Rechtsschutz ist dann ausgleichend und darum mangelhaft **Die vorbeugende Feststellungsklage muß also grundsatzlich zulässig sein.**

---

1) Vgl. Bühler, aaO. S. 67; ferner S. 153 ff; Koellreuther, Verwaltungsrecht S. 17, vgl. auch BVerfG vom 29. April 1954, NJW 1954 S. 833;
2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 202;

2. Die vorbeugende Feststellungsklage als Unterfall der allgemeinen Feststellungsklage.

Die vorbeugende Feststellungsklage kann daher als Unterfall der in § 52 VO 165, § 24 VGG, § 24 Rh.-Pf.VGG und § 16 BVerwGG geregelten allgemeinen Feststellungsklage angesehen werden.

Beide Klageformen - die vorbeugende und die allgemeine Feststellungsklage - haben gemeinsam, daß die Parteien dem Verwaltungsrichter einen Sachverhalt vortragen, über den noch keine andere Instanz bisher eine rechtspflegerische Entscheidung getroffen hat. Sie sind ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen. Sie entbehren beide eines Vorverfahrens. Beide sind an keine Fristen gebunden. Sie fordern als Zulässigkeitsvoraussetzung Feststellungsinteresse und bieten als besondere Rechtsschutzfrage das Problem der Subsidiarität. Beide haben den gleichen Streitgegenstand: das öffentliche Rechtsverhältnis und damit das gleiche Ziel: Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlichen Rechtsverhältnisses.

Beide Klagetypen unterscheiden sich jedoch in folgendem:

Die allgemeine Feststellungsklage kann sich auf ein vergangenes und gegenwärtiges Rechtsverhältnis beziehen und dabei die Blickrichtung in die Zukunft. Die allgemeine Feststellungsklage will ein vergangenes oder gegenwärtiges Rechtsverhältnis lediglich feststellen, um den Rechtsfrieden wieder herzustellen. Dieses Moment ist bei der vorbeugenden Feststellungsklage stärker ausgeprägt. Sie nähert sich der Unterlassungs- und Vornahmeklage, denn sie will über die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses hinaus als unausgesprochene Hauptwirkung ein künftiges rechtswidriges Verhalten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts verhindern. Die allgemeine Feststellungsklage gehört dem ausgleichenden Rechtsschutz an. Das kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, daß sie zur Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes verwendet werden kann.[1] Die vorbeugende Feststellungsklage gehört ausschließlich dem vorbeugenden Rechtsschutz an. Alle Fragen des vorbeugenden Rechtsschutzes sind

---

1) Vgl. Klinger, Kommentar, § 52 Anm.C 2 S. 351;

aus der allgemeinen Feststellungsklage ausgegliedert und der vorbeugenden Feststellungsklage zugeordnet worden.

Die vorbeugende Feststellungsklage ist eine rein prozessuale Einrichtung.[1] Sie hat nur den prozessualen Rechtsschutz erweitert.[2] Als ein reines Prozeßinstitut gibt sie die prozessuale Form, die im materiellen öffentlichen Recht begründeten (positiven) Leistungsansprüche oder (negativen) Unterlassungsansprüche autoritativ festzustellen, um durch die feststellende Wirkung des Urteils den Rechtsfrieden herzustellen.

Der Kläger kann mit der vorbeugenden Feststellungsklage die Feststellung der wirklichen Rechtslage erreichen. Darüber hinaus kann der Beklagte nicht verurteilt werden, eine öffentlich - rechtliche Handlung vorzunehmen - wie bei der Vornahmeklage - noch sie zu unterlassen - wie bei der Unterlassungsklage. Das Verwaltungsgericht kann nicht - wie bei der Anfechtungsklage - eine konkrete rechtliche Beziehung konstitutiv gestalten. Der Rechtsschutz endet mit der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlichen Rechtsverhältnisses.

Das bedeutet vom Urteil her gesehen:

Das Feststellungsurteil kann nicht - wie ein Leistungsurteil[3] - vollstreckt werden, noch bewirkt es - wie ein Gestaltungsurteil - unmittelbar mit der Rechtskraft die Rechtsänderung. Gleichwohl ist es der Rechtskraft fähig. Es kann dann nicht mehr formell angefochten werden. Die Parteien sind an das Urteil gebunden.

Andererseits ist der Streitgegenstand der vorbeugenden Feststellungsklage ausgedehnter als der einer Leistungsklage, wenn er ein umfassendes Rechtsverhältnis statt eines einzelnen Anspruches betrifft.[4]

---

1) Vgl. Menger, System, S.233; Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.344;

2) Vgl.Traum, Feststellungsklage, S.11; er führt aus:"Ihre (die Feststellungsklage, der Verfasser) Sonderheit besteht darin, daß ein Recht auf eine besondere, der Verurteilung gegenüber selbständige Form des Rechtsschutzes gewährt wird, ein gegen den Staat gerichteter Anspruch auf Rechtsschutz durch Feststellung. Insbesondere gewährt die negative Feststellungsklage das Recht, im Wege der Klage einen Ausspruch zu verlangen, den man sonst nur in der Rolle des Beklagten durch Abweisung der gegnerischen Klage erreichen könnte."

3) Bachof, Vornahmeklage, S.55, weist zutreffend darauf hin, daß die Vollstreckbarkeit kein Wesensmerkmal des Leistungsurteils sei, da es auch nicht vollstreckbare Leistungsurteile gebe, vgl.§ 888,Abs.2 und § 894 ZPO. Es seien aber nur Leistungsurteile vollstreckbar;

4) Vgl. auch Menger, System, S.233;

Man kann kurz sagen: Das Ziel der vorbeugenden Feststellungsklage ist gegenüber dem Ziel anderer Klagetypen begrenzt, jedoch kann ihr Streitgegenstand weiter als der Gegenstand anderer Klageformen sein.

Die vorbeugende Feststellungsklage lässt sich in eine positive und eine negative Klageform gliedern. Die positive vorbeugende Feststellungsklage hat das Bestehen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses, die negaitve vorbeugende Feststellungsklage das Nichtbestehen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses zum Streitgegenstand.

Die positive vorbeugende Feststellungsklage will ein künftiges öffentliches rechtliches Handeln, Dulden oder Unterlassen erreichen, weil ein Rechtsverhältnis besteht. Die negative vorbeugende Feststellungsklage will ein künftiges öffentlich-rechtliches Handeln, Dulden oder Unterlassen verhindern, weil kein Rechtsverhältnis vorliegt. Stets wenn ein Leistungsanspruch verneint wird, ist eine negative Feststellungsklage gegeben, mag auch der Leistungsanspruch selbst positiv - auf Leistung - oder negativ - auf Unterlassung oder Duldung gerichtet sein.[1] Die positive und die negative vorbeugende Feststellungsklage lassen sich nicht nach dem Wortlaut des Klageantrages, sondern nur nach Sinn und Zweck des Klagebegehrens unterscheiden.[2]

§ 3

Die vorbeugende Feststellungsklage als Abwehrklage

Die vorbeugende (negative) Feststellungsklage ist als Abwehrklage gegen drohenes gesetzwidriges Handeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts denkbar: denn die Verwaltungsbehörden und alle mit hoheitlichen Funktionen betrauten Personen sind - wie das OVG Münster[3] zutreffend ausführt - "auch ohne eine im Einzelfall ausgesprochene Verpflichtung des Gerichts grundsätzlich gehalten, dem Wortlaut und Sinn der verwaltungsgerichtlichen Urteile entsprechend tätig zu werden".

---

1) Vgl. Wieczorek, Zivilprozess, § 256 Anm.B I a 3, S.67;
2) Vgl. Rosenberg, Zivilprozess, S.388;
3) OVG Münster vom 1.Juni 1950 (III A 298/49) mitgeteilt von Menger, System, S.197;

Das OVG Münster folgt damit der ständigen Rechtsprechung des früheren Sächsischen OVG[1]. Dieses Gericht begnügte sich selbst bei Leistungsklagen gegen Hoheitsträger damit, festzustellen, daß die Forderung gegen den Hoheitsträger bestehe. Das übrige überließ es als weitere Ausführung den Verwaltungsbehörden.

Im öffentlichen Bereich ist es daher grundsätzlich nicht erforderlich, einen ausdrücklichen Leistungs- oder Unterlassungsbefehl zu erteilen. Bei einem loyalen, normalen Funktionieren der drei Gewalten mit- und nebeneinander reicht die Feststellung der Rechtslage aus, um die beanspruchte Unterlassung zu erreichen. Dazu kommt, daß hinter jedem vorbeugenden Feststellungsurteil die Möglichkeit steht, Aufsichtsbehörde, Volksvertretung, Bundesverfassungsgericht und Staatsgerichtshöfe der Länder anzurufen, Amtshaftungsklagen zu erheben, sowie die öffentliche Meinung durch die Presse zu mobilisieren[2].

Der Kläger kann mit der vorbeugenden Feststellungsklage, soweit sie grundsätzlich möglich ist, den bevorstehenden gesetzwidrigen Verwaltungsakt oder das bevorstehende gesetzwidrige schlichte Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge implizite verhindern. Die vorbeugende Feststellungsklage vermag aber nur ein zukünftiges öffentlich-rechtliches Unterlassen zu erzwingen. Ein gegenwärtiges öffentlich-rechtliches Unterlassen vermag sie nicht zu erreichen: Entweder erfüllt der Staat gegenwärtig das Unterlassen, dann ist für die vorbeugende Feststellungsklage zumindest kein Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Oder der Hoheitsträger hat eine bestimmte Handlung nicht unterlassen, dann ist die Unterlassungspflicht unmöglich geworden. Klage auf Anfechtung, Folgenbeseitigung, Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung oder auf Leistung im Rahmen der anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts wären die zulässigen Rechtsschutzmittel, nicht aber die negative vorbeugende Feststellungsklage.[3]

Kann der Kläger auch weiteren künftigen Maßnahmen vorbeugen?

Das fernere Verhalten des Staates oder der mit hoheitlichen Funktionen betrauten Personen kann gleichartig oder ungleichartig von dem unmittelbar angedrohten Verhalten sein.

---

1) Vgl. Jahrbuch des Sächs.OVG. Bd.16, S.8 ff; Fenge, Feststellungsklage, S.155;
2) Vgl. Scherer, Durchsetzung, S.1 ff; der diese Fragen in seiner Dissertation behandelte;
3) Vgl. auch Weyreuther, Unterlassungsklage S.38;

Gleichartige Maßnahmen kann der Kläger neben der unmittelbar bevorstehenden Handlung, Duldung oder Unterlassung nur bei gleicher Sach- und Rechtslage verhindern.[1] Weiter reicht die Rechtskraft des vorbeugenden Feststellungsurteils nicht.

Ungleichartige Maßnahmen kann der Kläger im anhängigen vorbeugenden Feststellungsverfahren verhindern wollen oder sie können nach Rechtskraft des vorbeugenden Feststellungsurteils drohen. Im ersten Fall ist es ein Problem, wie weit der Richter dem Kläger Rechtsschutz gewähren will und - wegen der Beschränktheit seiner Erkenntnismittel - gewähren kann und wie er das vorbeugende Feststellungsurteil tenorieren soll. Im zweiten Fall ist es eine Frage, wie der Urteilstenor in Verbindung mit den Urteilsgründen vernünftigerweise auszulegen ist z.B.: der Behörde ist implizite verboten, einen Verwaltungsakt zu erlassen. Wenn sie später ein schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge ergreifen will, um den gleichen Sachverhalt zu regeln, muß sie sorgfältig prüfen, ob ihr das nach Sinn und Zweck des rechtskräftigen vorbeugenden Feststellungsurteils verwehrt ist oder nicht.

Diese Fragen verweisen auf das Rechtskraftproblem.

---

1) Die vorbeugende Feststellungsklage setzt zwar als rein prozessuale Einrichtung keine materiellen Rechte voraus. Der Kläger kann aber mit ihr einmalige, wiederkehrende und dauernde Unterlassungsansprüche durchsetzen. Vgl. Jacobsohn, Unterlassungsklage, S. 4;

§ 4

Das Rechtskraftproblem des vorbeugenden Feststellungsurteils

Vorbeugende Rechtsschutzmittel - und damit die vorbeugende Feststellungsklage - sollen wegen der Rechtskraft unrichtiger Urteile unzulässig sein. Das OVG Hamburg[1] behauptet: Die Wirkungen eines unrichtigen Urteils über die Gültigkeit eines schon erlassenen Verwaltungsaktes seien auf diesen Verwaltungsakt beschränkt. Die Wirkungen einer unrichtigen Entscheidung über die Zulässigkeit zukünftiger Verwaltungsakte würde dagegen sehr viel größer sein. Sie schlössen, wenn die Entscheidung die Vornahme künftiger Verwaltungsakte verbiete, derartige Verwaltungsakte für immer aus. Zu beachten sei auch folgendes: Auch ein ursprünglich richtiges Urteil mit Dauerwirkung für die Zukunft könne durch eine Veränderung der Verhältnisse nachträglich seine Berechtigung verlieren. Insbesondere könne ein ursprünglich inhaltlich berechtigtes Urteil infolge veränderter Verhältnisse zu einer unerträglichen Hemmung der Tätigkeit der öffentlichen Gewalt führen. Der Gesetzgeber könne solche Urteile und damit solche Klagen, mit denen solche Urteile erstrebt würden, nur zulassen, wenn er zugleich eine Abänderungsmöglichkeit für den Fall vorsehe, daß sich die Verhältnisse nachträglich ändern. Eine solche Abänderungsmöglichkeit bestehe in gewissem Umfange im Zivilprozeß. Dort gebe es die Abänderungsklage nach § 323 ZPO. Das heutige Verwaltungsstreitverfahren kenne einen entsprechenden Rechtsbehelf nicht. In einem anderen Urteil meint das OVG Hamburg: "Die der Klage stattgebende Entscheidung schließt derartige Verwaltungsakte für immer aus. Das Urteil käme dann in seinen Wirkungen fast einem Akt der Individualgesetzgebung gleich."[2]

Die Bedenken des OVG Hamburg sind unbegründet.

Die materielle Rechtskraft des vorbeugenden Feststellungsurteils ist objektiv durch den Urteilstenor begrenzt. Das vorbeugende Feststellungsurteil ist nur insoweit der Rechtskraft fähig, als der Verwaltungsrichter über den Streitgegenstand entschieden hat. Die Entscheidung über den Streitgegenstand bedeutet die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der begehrten Rechtsfolge.[3] Antrag und Sachverhalt bestimmen den Streitgegenstand. Die Rechtskraft gilt also

---

1) OVG Hamburg vom 27. September 1951, DVBl.1952 S.86, MDR 1952 S.186;
2) OVG Hamburg vom 13. März 1950, Bf.II 694/49 unveröffentlicht, mitgeteilt von Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.325;
3) Vgl. Rosenberg, Zivilprozeß, § 88 II c, S.406 ff;

nur bei unverändertem Sachverhalt in der Formulierung des Urteilstenors. Die vom OVG Hamburg aufgezeigten Gefahren kann der Verwaltungsrichter durch die Art, wie er den Urteilstenor formuliert, weitgehend vermeiden.

Wie wird der Verwaltungsrichter tenorieren?

Der Verwaltungsrichter beurteilt ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis, dessen Rechte durch eine zukünftige öffentlich-rechtliche Maßnahme bedroht werden. Wenn er das Urteil fällt, ist der Geschehnisablauf noch nicht abgeschlossen. Er muß daher die künftige Entwicklung beurteilen. Nach der Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang hat er sich zu fragen, welcher Geschehnisablauf nach den allgemeinen Erfahrungen mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die Aussage darüber kann nur hypothetisch sein. Hier liegen Gefahren für die Effektivität der Verwaltung. Der Zivilrichter steht dieser Frage bei jeder Unterlassungs- oder vorbeugenden Feststellungsklage gegenüber, denn auch er kann den Beklagten nicht "in Bausch und Bogen"[1] verurteilen. Er löst das Problem, indem er durch sein richterliches Fragerecht den Klageantrag und den Urteilstenor weitgehend individualisiert. Diese Individualisierungstheorie muß auch im Verwaltungsprozeß gelten.

Eine allgemeine Regel, wie der Urteilstenor zu individualisieren ist, gibt es nicht. Alles hängt von den besonderen Umständen des einzelnen Falles ab. Zwei Grenzen sind aber einzuhalten: Der Verwaltungsrichter darf den Urteilstenor nicht zu eng und nicht zu weit individualisieren. Wenn er das vorbeugende Feststellungsurteil zu eng formuliert, kann der Beklagte das in der Feststellung implizite enthaltene Verbot oder Gebot leicht umgehen. Er könnte - wie Weyreuther[2] es ausdrückt - "unter anderer Flagge" den Tatbestand verwirklichen, ohne ihn gleichzeitig formell zu erfüllen. Andererseits darf der Verwaltungsrichter das vorbeugende Feststellungsurteil nicht zu weit fassen. In diesem Fall weiß weder der Einzelne, noch der Staat, wie sie sich künftig verhalten sollen. Der Verwaltungsrichter wird den goldenen Mittelweg finden müssen.[3] Diese Aufgabe ist nicht unlösbar. Das zeigt z.B. der Kabarettfall.[4]

---

1) Vgl. Weyreuther, Unterlassungsklage, S.111; RG in JW 1913 S.35 Nr. 23;
2) Vgl. Weyreuther, Unterlassungsklage, S.112;
3) Vgl. ders. aaO S.112 ff;
4) Vgl. S. 50 dieser Abhandlung;

In dem Hamburger Weinhaus und Kabarett des Klägers tanzten gelegentlich Gäste während einzelner Musikstücke. Die Polizei meinte, das sei Abhalten von Tanzlustbarkeiten und genehmigungspflichtig. Der Kläger habe das Tanzen zu verhindern, oder es werde ihm die Konzession entzogen. Der Kläger erhob eine vorbeugende Feststellungsklage. Er beantragte, festzustellen, daß er nicht verpflichtet sei, in seinem Betrieb gelegentliches Tanzen von Paaren aus dem Publikum gelegentlich einzelner Musikstücke zu verhindern, evtl. daß das Dulden derartiger gelegentlicher Tänze keine Abhaltung von Tanzlustbarkeiten im Sinne des § 33 c GO darstelle und somit der Genehmigung nicht bedürfe, evtl. daß die Androhung der Konzessionsentziehung wegen Duldens gelegentlicher Tänze unberechtigt sei. Der Hauptantrag und die beiden Eventualanträge sind genügend individualisiert. Der Verwaltungsrichter kann auf Grund dieser Anträge hinreichend bestimmt tenorieren.

Die Bedenken des OVG Hamburg sind aber vor allem deswegen unbegründet, weil das rechtskräftige vorbeugende Feststellungsurteil abgeändert werden kann. Ändern sich die tatsächlichen Verhältnisse, dann sehen das VGG und Rh.-Pf.VGG entsprechend § 323 ZPO eine Abänderungsklage vor. Diese Möglichkeit besteht nach der VO 165 weder ausdrücklich, noch enthält diese Verfahrensordnung eine allgemeine Verweisungsvorschrift auf die ZPO. Hier muß vielmehr die clausula rebus sic stantibus angewendet werden. Darüber hinaus ist folgendes zu beachten: Die Abänderungsklage paßt nur für das Gleichordnungsverhältnis. Im Subordinationsverhältnis kann sie zu einer unerträglichen Fessel für die Verwaltung werden. Daher muß auch in diesem Rechtsbereich die clausula ihre Wirkung entfalten.

Die verwaltungsgerichtlichen Urteile ergehen unter der clausula rebus sic stantibus. Das haben schon Dyroff[1] und

1) Dyroff, Kommentar, S.652 ff: "Die Rechtskraft wirkt übrigens nur rebus sic stantibus (vgl. auch VGH 15 S.158: "Selbstverständlich hat dieser Ausspruch nur insolange Geltung, als die gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse fortbestehen"; VGH 20 S.90: "Ein Rechtsverhältnis wird von den Wirkungen der Rechtskraft nur in dem Umfang erfaßt, in welchem es den Gegenstand der vorhergehenden Entscheidung gebildet hat."). Es muß eadem res vorliegen; eine wesentlich geänderte Sachlage wird durch den rechtskräftigen Bescheid nicht mehr gedeckt, letzterer wirkt auf das wesentlich geänderte Sachverhältnis nicht mehr fort (VGR 5 S.13, vgl. 9 S.27), so daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens, welche wie jedes Rechtsmittel die Nämlichkeit (Identität) des Streitverhältnisses...voraussetzt, ...weder erforderlich noch statthaft (VGH 12 S.364, 23 S.139 f.), vielmehr ohne weiteres ein neues Verfahren zulässig ist."

Fleiner [1) 2)] betont. Die Verwaltung sieht sich oft schnell veränderten Sachlagen gegenüber. Sie muß dann sofort im öffentlichen Interesse die geeigneten zweckmäßigen Maßnahmen treffen. Sie darf nicht durch eine starre materielle Rechtskraft gebunden sein.[3)]

Die clausula setzt voraus, daß sich die Sachlage ändert. Es müssen sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, die für das Urteil bestimmend waren. Das ergibt ein Vergleich zwischen der Tatsachenlage zur Zeit der Urteilsverkündung und dem späteren Sachverhalt. Es kommt also darauf an, ob die damals zu Grunde liegenden Voraussetzungen, die für eine bestimmte Rechtslage maßgebend waren, auch jetzt noch zutreffen.[4)] Eine geringfügige Änderung oder der reine Zeitablauf sind unerheblich. Erforderlich ist vielmehr eine wesentliche Veränderung der Tatsachenlage.[5)]

Die clausula bezieht sich dagegen nicht auf eine Rechtsänderung. Wenn eine Rechtsnorm rückwirkend die Rechtslage ändert und das rechtskräftige vorbeugende Feststellungsurteil aufhebt, so ist das kein Fall der clausula rebus sic stantibus.[6)] Das Problem der clausula ist aber dann gegeben, wenn die Änderung der Rechtslage zugleich die Tatsachenlage verändert.[7)]

Welche Wirkung hat die clausula gegenüber der Rechtskraft?

Der Staat oder die mit hoheitlichen Funktionen betraute Person ist an das frühere rechtskräftige vorbeugende Feststellungsurteil nicht mehr gebunden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse erheblich verändern. Sie können eine abweichende Maßnahme treffen. Allerdings besteht eine Ausnahme: Sie können sich dann nicht auf die clausula berufen, wenn das vorbeugende Feststellungsurteil noch nicht formell rechtskräftig ist. Sie müssen dann zunächst das zulässige Rechtsmittel einlegen.[8)]

Folgende Beispiele können angeführt werden: Ein rechtskräftiges vorbeugendes Feststellungsurteil verbietet implizite dem Ordnungsamt,

---

1) Fleiner, Institutionen, S.197 und 271 ff;
2) Vgl. Bergmann, Feststellungsklage, S.83; auch Popp, Clausula, S.12;
3) Forsthoff, Lehrbuch, S.202 ff (206); Popp, Clausula, S.12;
4) Auffenberg, Clausula, S.40;
5) Auffenberg aaO, S.41;
6) Forsthoff, Lehrbuch, S.445 erwähnt das Beispiel ohne Zusammenhang mit der Clausula;
7) Auffenberg aaO S.43;
8) Auffenberg aaO S.48;

von dem Eigentümer den Abbruch einer Ruine den Abbruch zu verlangen, weil sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährde. Wenn die Ruine später derart baufällig wird, daß sie eine ernsthafte Gefahr darstellt, kann das Ordnungsamt - trotz des rechtskräftigen Urteils - dem Eigentümer aufgeben, sie jetzt zu beseitigen. Der Eigentümer kann nicht "res iudicata" einwenden. Die materielle Rechtskraft fehlt zwar nicht. Sie ist aber"in ihrer Wirkung auf eine Zeit begrenzt, zu der die dem Urteil zu Grunde liegende Sachlage die gleiche bleibt". [1) 2)]

Oder: Der Kläger ist wiederholt zur vorläufigen Reinigung eines Fleets herangezogen worden. Er erhebt eine vorbeugende Feststellungsklage und beantragt festzustellen, daß er endgültig zur Reinigung nicht verpflichtet sei[3)]. Wenn das VG die Klage abgewiesen hätte, so könnte er später erneut vorbeugend auf Feststellung klagen, wenn der Staat etwa den Fleet wesentlich vertieft oder verbreitert. Oder: hätte das VG in dem Kabarettfall festgestellt, daß der Wirt nicht verpflichtet sei, in seinem Betrieb gelegentliches Tanzen von Paaren aus dem Publikum anläßlich einzelner Musikstücke zu verhindern, so könnte der Staat ihm später dennoch die Konzession entziehen, wenn das Tanzen einen erheblichen Umfang annimmt und in Abhalten von Tanzlustbarkeiten ausartet.[4)]

Die Rechtskraft dient der Rechtssicherheit. Das rechtskräftige Urteil ist deshalb grundsätzlich unabänderlich, auch wenn es ursprünglich falsch war oder durch spätere Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse unrichtig wird. Der Gesetzgeber hat zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu entscheiden gehabt. Er hat der Rechtssicherheit den Vorzug gegeben. Das Korrektiv bildet die Abänderungsklage und die clausula rebus sic stantibus. Insbesondere erhält die clausula der Verwaltung hinreichende Beweglichkeit, denn dieses Rechtsinstitut ist - im Gegensatz zum Zivilrecht - im öffentlichen Recht keine Ausnahmeerscheinung, sondern hat ein weites Anwendungsgebiet. Sie ist schon dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Recht zwingend geboten ist.[5)]

---

1) Auffenberg, Clausula, S.31;
2) Popp, Clausula, S.26 formuliert es folgendermaßen: "Die Gleichheit des Rechtsverhältnisses ist also Voraussetzung für die Wirkung der Rechtskraft, die Änderung desselben ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Klausel."
3) Vgl. dazu S.58 dieser Abhandlung;
4) Vgl. ebenfalls S. 50 dieser Abhandlung;
5) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.246;

§ 5

Die vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis

I

Das Problem

Schon jetzt wird man sagen können, ohne das übrige Untersuchungsergebnis vorwegzunehmen: Die vorbeugende Feststellungsklage wird grundsätzlich im Gleichordnungsverhältnis und im Grenzbereich möglich sein. Es bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen folgende vorbeugende Feststellungsklagen: der Heilgymnastin, des Heilpraktikers und des Schiffahrtsverbandes, um die drohenden Strafanzeigen zu verhindern, der Bundespost gegen die ständigen Gebührenrechnungen und der Propstei gegen die Nicht-Hinzuziehung zum Siedlungsfestsetzungsverfahren.

Ist aber die vorbeugende Feststellungsklage auch im Subjektionsverhältnis zulässig?

Die vorbeugende Feststellungsklage ist ursprüngliche Verwaltungsstreitsache. Menger[1] behauptet, ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen seien stets Parteistreitigkeiten. Wird der Begriff "Parteistreitigkeit" im materiell-rechtlichen Sinne verwendet, dann setzt der Begriff notwendig gleichgeordnete Rechtsträger voraus. Parteistreitigkeiten sind dann nur im Gleichordnungs-, nicht dagegen im Subjektionsverhältnis möglich.

Trifft das zu?

II

Die Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis nach der VO 165 und dem Rh.-Pf. VGG

Die VO 165 und das Rh.-Pf.VGG kennen die Begriffe "ursprüngliche Verwaltungsstreitsache" und "Parteistreitigkeit" nicht. Ihnen liegt aber erkennbar die Trennung zwischen "ursprünglichen" und "nachträglichen" Verwaltungsstreitsachen zu Grunde. Sie haben folgende Streitsachen: Anfechtungs-, Vornahme- und Feststellungsklagen sowie die anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Die Verwaltungsgerichte urteilen bei den Anfechtungs- und Vornahmeklagen über eine

---

1) Menger, System, S. 225; 230, 262;

potentiell verbindliche Entscheidung. Sie sind daher nachträgliche Verwaltungsstreitsachen. Bei den Feststellungsklagen und den anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts fehlt dagegen die potentiell verbindliche Entscheidung. Sie können nur "ursprüngliche" Verwaltungsstreitsachen sein. Da der Begriff "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" gegenüber dem Begriff "Feststellungsklage" der weitere und allgemeinere ist, kann die Feststellungsklage als Unterfall den anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zugeordnet werden. § 52 VO 165 gehört damit systematisch zu § 22 VO 165, der die Generalklausel enthält. Ebenso ist § 24 Rh.-Pf.VGG dem § 15 Rh.-Pf.VGG zuzuordnen. Der Begriff "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" wiederum lässt Klagen im Gleichordnungs- und im Subjektionsverhältnis zu. [1)]

III.

Die Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis nach dem VGG.

Nach § 24 VGG kann der Kläger die Feststellungsklage "im Wege der Parteistreitigkeit" erheben. § 24 VGG verweist damit auf den 5. Abschnitt, der die Überschrift "Parteistreitigkeiten" trägt. Dieser Hinweis kann zweierlei bedeuten:

1) Der Begriff "Parteistreitigkeit", insbesondere § 85 Abs.1 Satz 2 VGG, der von gleichgeordneten Rechtsträgern spricht, wird materiell-rechtlich verstanden. Gleichgeordnet sind also nur solche Rechtsträger, die innerhalb und außerhalb des (vorbeugenden Feststellungs-) Prozesses auf einer Ebene stehen. Dann wäre die vorbeugende Feststellungsklage lediglich im Gleichordnungs- und nicht im Subjektionsverhältnis möglich.
2) Der Begriff "Parteistreitigkeit" wird rein prozessual ausgelegt. Dann kommt es nicht darauf an, in welchem Verhältnis die Parteien außerhalb des Prozesses zueinander, sondern wie sie vor dem Richter stehen. Es sollen in diesem Fall auf die Feststellungsklage nur die Vorschriften über die Parteistreitigkeiten angewendet werden.

Beide Ansichten werden in der Lehre vertreten.

---

1) AA Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg, S. 43;

Bachof,[1] Eyermann-Fröhler,[2] Giesges,[3] Haueisen,[4] v. Turegg[5] und Müller[6] fassen den Begriff "Parteistreitigkeit" materiellrechtlich auf. Sie stützen sich auf den Wortlaut, das fehlende Feststellungsinteresse und den fehlenden Streitgegenstand.

1. Der Wortlaut

Aus dem Wortlaut lässt sich nicht folgern, daß Feststellungsklagen im Subjektionsverhältnis ausgeschlossen sein sollen. Es ist davon auszugehen, daß der Prozess ein Dreiecksverhältnis zwischen Kläger, Beklagten und Gericht bildet. Dieses Dreiecksverhältnis ist durch die VVO nur prozessual geregelt.

Das VGG enthält in § 22 die Generalklausel. Danach entscheidet das Verwaltungsgericht über die Anfechtung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden und von sonstigen Verwaltungsakten (Anfechtungssachen) sowie in anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts (Parteistreitigkeiten). Der Gesetzgeber hat diese Teilung dem weiteren Aufbau des Gesetzes zu Grunde gelegt: Er hat den Anfechtungssachen den 4. Abschnitt mit den §§35 - 84 und den Parteistreitigkeiten den 5. Abschnitt mit den §§ 85 - 100 gewidmet. In den jeweils einleitenden Bestimmungen der beiden Abschnitte hat er die Begriffe "Anfechtungssachen" und "Parteistreitigkeiten" näher umschrieben. Das VGG fasst unter Anfechtungssachen die Aufhebungs- und Vornahmeklagen zusammen. Es versteht nach § 85 VGG unter Parteistreitigkeiten Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern.

Der 5. Abschnitt "Parteistreitigkeiten" ist also eine Ausgestaltung des § 22 VGG, der im Abschnitt "Zuständigkeit" steht. Die Zuständigkeit ist aber für die Zulässigkeit maßgebend. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist in § 24 Abs. 1 positiv und in Abs. 2 negativ umschrieben. Bei der am Wortlaut orientierten Auslegung müssen beide Vorschriften im Zusammenhang gelesen werden.

Nach § 24 Abs. 2 VGG ist die Feststellungsklage ausgeschlossen, soweit die Anfechtungsklage gegen einen eine Feststellung enthaltenden Verwaltungsakt oder wegen Versagen eines solchen Verwaltungsaktes erhoben werden kann. Demnach kann die Feststellungsklage also nicht in den

1) Bachof, Anmerk.MDR 1950 S.376 linke Spalte Mitte;
2) Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 24 Anm.I 1a, 1c;
3) Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone, S.38 und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg, S. 44;
4) Haueisen, Feststellungsklage, NJW 1952 S.913 ff;
5) v. Turegg, Feststellungsklage, MDR 1952, S.151;
6) Müller, Feststellungsklage, ZMR 1952, S.226;

"nachträglichen" Verwaltungsstreitsachen erhoben werden. Das wäre ohne diese Subsidiaritätsklausel zweifelhaft. Aus der Subsidiaritätsklausel folgt aber umgekehrt, daß in all den Fällen, in denen eine Aufhebungs- oder Vornahmeklage nicht möglich ist, eine Feststellungsklage gegeben sein muß. Das ist insbesondere der Fall bei adressatlosen Verwaltungsakten und drohenden Realakten. Hätte der Gesetzgeber in weiteren Fällen die allgemeine Feststellungsklage ausschließen wollen, dann hätte es nahe gelegen, die Subsidiaritätsklausel anders zu fassen.

Vergleicht man unter diesem Gesichtspunkt § 24 Abs. 2 mit Abs.1 VGG, so ergibt sich zwangsläufig, daß § 24 Abs. 1 VGG mit den Worten "im Wege der Parteistreitigkeit" nur verfahrensrechtliche Bedeutung haben kann.[1)]

§ 24 Abs. 1 VGG weicht daher mit den Worten "im Wege der Parteistreitigkeit" nur redaktionell, nicht aber inhaltlich von den anderen VVO ab.[2)] Das ist überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Lehre.[3)]

2. Das Feststellungsinteresse

Das Feststellungsinteresse für vorbeugende Feststellungsklagen im Subjektionsverhältnis kann nicht grundsätzlich verneint werden. Es ist vielmehr im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist.

Der Staat wird sich zwar in der Regel nicht der vorbeugenden Feststellungsklage bedienen. Er kann die Ungewißheit der Rechtslage durch Erlaß eines Verwaltungsaktes beseitigen. Es sind aber Fälle denkbar, in denen der Staat im Subjektionsverhältnis an einer vorbeugenden Feststellungsklage interessiert ist.

Die Verwaltungsrichter gewähren nicht nur dem Bürger Rechtsschutz, ihre Urteile wirken über den einzelnen Fall hinaus. Sie geben besonders bei den zahlreichen unklar gefaßten Gesetzen den Verwaltungen Richtlinien für ihr zukünftiges Verhalten. Schon das frühere Recht ließ Klagen von Staatsorganen zu. Nach § 126 Preußisches Landesverwaltungsgesetz konnten der Oberpräsident, Regierungspräsident und Landrat endgültige Beschlüsse des Provinzialrats, Bezirksausschusses und Kreisausschusses wegen Ge-

---

1) So auch Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.172;
2) Vgl. Menger, System, S. 230;
3) Vgl. Anm. S. 43 dieser Abhandlung;

setzwidrigkeit durch Klage vor dem OVG anfechten.[1] Deswegen muß erst recht heute ein Staatsorgan eine vorbeugende Feststellungsklage erheben können, weil durch Artikel 19 Abs. 4 GG umfassender Rechtsschutz eingeführt wurde.[2]

Das Feststellungsinteresse des Einzelnen kann nicht deshalb verneint werden, weil der Betroffene nach Erlaß eines Verwaltungsaktes eine Aufhebungs-/und nach Verweigerung der Amtshandlung eine Vornahmeklage erheben kann. Die Anfechtungsklage schützt nur vor Verwaltungsakten und das nicht einmal ausnahmslos: z.B. nicht vor adressatlosen Verwaltungsakten. Der Anfechtungsklage haftet darüber hinaus der Mangel jeden ausgleichenden Rechtsschutzes an. Sie kann z.B. bei Realakten nur unvollkommen den Eingriff beseitigen. Schäden verhüten, ist aber besser als Schäden vergüten.[3]

3. Der Streitgegenstand

Eyermann-Fröhler[4] und Hufnagl[5] behaupten, ein öffentliches Rechtsverhältnis entstehe erst durch einen Verwaltungsakt. Vorher sei nur ein Rechtszustand gegeben. Rechtsverhältnis sei diejenige Beziehung, "welche durch Erlassung eines unanfechtbar gewordenen Verwaltungsaktes zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Adressaten des Verwaltungsaktes oder dessen Rechtsnachfolger entstanden ist bzw. die rechtlichen Auswirkungen dieses Verwaltungsaktes".[6] Die gleiche Auffassung hat das OVG Lüneburg in seiner Entscheidung vom 28. Juni 1951 vertreten.[7]

Trifft das zu?

---

1) Vgl. auch Jellinek, Verwaltungsrecht, S.304;
2) So auch Fenge, Feststellungsklage, S.25 ff; aA Bergmann, Feststellungsklage, S.173: Den staatlichen Stellen fehle jegliches Rechtsschutzinteresse an der Erhebung einer Feststellungsklage, da sie mit den ihnen zur Verfügung stehenden hoheitlichen Mitteln in hinreichendem Maße und in der ihnen eigentümlichen Weise klärend zu wirken vermögen. Diese Auffassung betrachtet nur Subjektionsverhältnisse und auch diese zu eng. In besonders gelagerten Fällen kann durchaus der Staat eine vorbeugende Feststellungsklage erheben.
3) Vgl. Weyreuther, Unterlassungsklage, S. 43;
4) Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 24 Anm. I 1a, S.93;
5) Hufnagl, Kommentar, § 24, S.135;
6) Vgl. Hufnagl, aaO;
7) OVG Lüneburg vom 28. Juni 1951, DVBl. 1951 S. 609; ebenso OVG Berlin vom 16. Juli 1952, DÖV 1953 S.152;

Das Rechtsverhältnis ist die durch einen Sachverhalt konkretisierte öffentlich-rechtlich geregelte Rechtsbeziehung zwischen einem Rechtssubjekt und einem anderen Rechtssubjekt oder einem Rechtsobjekt. Das öffentliche Rechtsverhältnis beruht also - wie der Verwaltungsakt - auf dem öffentlichen Recht. Es knüpft ferner - neben anderen Fällen - eine konkretisierte öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung vom Staat zum Gewaltunterworfenen. Auch der Verwaltungsakt geht vom Staat aus. Während aber der Verwaltungsakt einen Einzelfall regelt, enthält das öffentliche Rechtsverhältnis die Regelung des konkreten Falles selbst. Der Verwaltungsakt ist eine Handlung, das Rechtsverhältnis ein Zustand.

Um Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis voneinander abgrenzen zu können, sind beim Verwaltungsakt drei Stadien zu unterscheiden:

a) die Zeit vor Erlaß des Verwaltungsaktes,
b) der Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes und
c) die Zeit nach Erlaß des Verwaltungsaktes.

Vor Erlaß des Verwaltungsaktes gibt es wiederum im rechtlich relevanten Bereich zwei Stadien: die potentiellen und die aktuellen Rechtsbeziehungen zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten und Rechtsobjekten. Die Rechtsnorm knüpft zwischen Staat und Bürger ein potentielles rechtliches Band, indem sie einen Lebenstatbestand abstrakt beschreibt und daraus eine bestimmte abstrakte Rechtsfolge ableitet. Wenn sich dieser Lebenstatbestand aktualisiert, konkretisieren sich die rechtlichen Beziehungen zu einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger. Dieses Rechtsverhältnis setzt die Rechte und Pflichten von Staat und Bürger genau zueinander in Beziehung. Es bestimmt, ob und in welchem Umfang der Staat oder der Bürger zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet ist.[1) 2)]

---

1) Vgl. auch Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.156 - 157: "Das Rechtsverhältnis entsteht nicht erst dadurch, daß eine Behörde die Handlung vornimmt, die sie wegen des vom Einzelnen verwirklichten Lebensvorganges schon unmittelbar nach dem Gesetz vorzunehmen verpflichtet ist... Das Rechtsverhältnis liegt vielmehr schon konkretisiert vor, indem in der Person des Einzelnen die abstrakt von der Rechtsnorm geforderten Tatbestandsvoraussetzungen durch einen Lebensvorgang erfüllt sind. Denn dann ergibt sich die Berechtigung des Einzelnen ipso jure... Er ist vermöge des verwirklichten Sachverhalts Subjekt des Rechts, kraft dessen und innerhalb dessen Ausdehnung er auf Grund des Gesetzes von der Staatsbehörde das seinem Recht gemäße Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangen kann..."

2) Vgl. ferner Menger, System, S. 235: "Öffentliche Rechtsverhältnisse können nicht nur auf einem Verwaltungsakt beruhen, sondern auch ... unmittelbar auf Rechtssätze."

Der Eigentümer eines Baumes ist z.B. verpflichtet, für den ordnungsmäßigen Zustand zu sorgen. In Niedersachsen beruht diese Pflicht auf dem SOG.[1] Dieses Gesetz hat zwischen Staat und Eigentümer eine potentielle rechtliche Beziehung geschaffen. Wenn ein Sturm den Baum entwurzelt und auf die Straße schleudert, aktualisieren sich die potentiellen Rechte und Pflichten zu einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen Staat und Eigentümer. Der Eigentümer ist - auch ohne Verwaltungsakt - öffentlich-rechtlich verpflichtet, den Baum zu beseitigen.

Der Erlaß des Verwaltungsaktes ist eine Handlung des Staates. Er kann Rechtsverhältnisse begründen, aufheben oder abändern, "vielleicht auch feststellen, beurkunden, bestätigen oder bekräftigen"[2], Dennoch ist er selbst kein Rechtsverhältnis. Der Verwaltungsakt verkörpert im Zeitpunkt des Erlasses die Dynamik der Verwaltung. Das Rechtsverhältnis beschreibt dagegen ein statisches Verhältnis.

Nach Erlaß des Verwaltungsaktes kann zwischen Staat und Bürger ein neues konkretes Rechtsverhältnis entstanden sein, je nachdem ob der Verwaltungsakt eine Rechtsgrundlage hatte oder nicht. Im ersteren Fall bestehen zwischen Staat und Bürger zwei konkrete Rechtsverhältnisse:

a) die aktualisierten Rechtsbeziehungen auf Grund einer Rechtsnorm und

b) die aktualisierten Rechtsbeziehungen auf Grund des Verwaltungsaktes.

Der Verwaltungsakt kann daher "Ausfluß eines vorhergehenden und Rechtsgrund eines nachfolgenden rechtlichen Verhältnisses" sein.[3]

---

1) Vgl. §§ 1, 7 Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951 (Nds.GVBl. S.79);
2) So Bettermann, Wesen und Streitgegenstand, DVBl. 1953 S.163; vgl. auch Brauer, Beide Feststellungsklagen, MDR 1951, S. 458; Ule, Kommentar, § 16 Anm. I 2 b, S.90;
3) So Fenge, Feststellungsklage, S. 66;

IV

Das Ergebnis

Die Auffassungen von Eyermann-Fröhler und Hufnagl - erst durch einen Verwaltungsakt entstehe ein Rechtsverhältnis - sind daher unzutreffend. Bereits vor Erlaß eines Verwaltungsaktes kann ein öffentliches Rechtsverhältnis unmittelbar auf Grund eines Rechtssatzes vorliegen als "die durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierte normierte Beziehung zwischen Rechtssubjekten untereinander (Personen, Behörden) bzw. zwischen Rechtssubjekten und Sachgüter".[1)]

Die vorbeugende Feststellungsklage ist daher gegen einen drohenden Verwaltungsakt nicht ausgeschlossen.[2)] Mit anderen Worten: die vorbeugende Feststellungsklage ist also im Subjektionsverhältnis bei ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen grundsätzlich zulässig.

Für diese Auffassung haben sich bisher ausgesprochen: Bergmann[3)], Bunte[4)], Fenge[5)], Forsthoff[6)], Freytag[7)], Hufnagl[8)], Walter Jellinek[9)], Albrecht Naumann[10)], Richard Naumann[11)], van de Sandt[12)], Schunck-de Clerck[13)], Ule[14)], v. Werder-Labs-Ortmann[15)] sowie das BVerwG.[16) 17)]

---

1) Vgl. Menger, System, S. 235;
2) Vgl. auch Bergmann, Feststellungsklage, S.68; Menger, System, S.233,234; Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.397 ff;
3) Bergmann, Feststellungsklage, S.54 ff;
4) Bunte, Parteistreitigkeit, S.86;
5) Fenge, Feststellungsklage, S.28 ff;
6) Forsthoff, Lehrbuch, S. ;
7) Freytag, Änderung, DV 1949 S.457 ff;
8) Hufnagl, Kommentar, § 24;
9) Walter Jellinek, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948 S. 271;
10) Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.168 ff;
11) Richard Naumann, Besprechung, DVBl. 1950 S.351;
12) van de Sandt, Kommentar, § 52 Anm. 2;
13) Schunck-de Clerck, Kommentar, § 24 Anm. 1;
14) Ule, Kommentar, § 16 Anm. 3;
15) v.Werder-Labs-Ortmann, Kommentar, § 52 Anm. V;
16) BVerwG vom 16. Februar 1954, DÖV 1954 S. 249;
17) Vgl. auch VGH Hessen vom 10. Februar 1950, MDR 1950 S.374 ff;

§ 6

Ergebnis des Kapitels

Das Ergebnis dieses Kapitels läßt sich dahin zusammenfassen: Die vorbeugende Feststellungsklage ist eine mögliche Abwehrklage im Subjektionsverhältnis, im Gleichordnungsverhältnis und im Grenzbereich. Sie ist eine mögliche Klageform gegen drohende gesetzwidrige Verwaltungsakte, gegen drohendes rechtswidriges schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge und gegen solche drohenden rechtswidrigen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsmaßnahmen, deren rechtliche Qualität zweifelhaft ist. Der Verwaltungsrichter wird also grundsätzlich in allen drei Fallgruppen und im Gewerkschaftsfall mit der vorbeugenden Feststellungsklage helfen können.

Bedarf es dazu noch weiterer Voraussetzungen?

Kapitel 2

Die Voraussetzungen der vorbeugenden Feststellungsklage

§ 7

Die Fragestellung

Die vorbeugende Feststellungsklage hat zwei Voraussetzungen: das Feststellungsinteresse als Vorfrage und ein öffentliches Rechtsverhältnis als Streitgegenstand.

Feststellungsinteresse und Rechtsverhältnis sind Zulässigkeits- und nicht Sachurteilsvoraussetzungen. Das folgt aus dem Wortlaut der VVO. Es heißt:"Auf Feststellung .... eines Rechtsverhältnisses kann .... Klage erhoben werden."[1] Nur wenn ein Rechtsverhältnis vorliegt, ist die Form der Feststellungsklage zulassig. Genauso wie die Anfechtungsklage nur zulässig ist, wenn ein Verwaltungsakt gegeben ist. Es heißt weiter:"Wenn der Klager ein berechtigtes Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird." Nach dieser Formulierung kann das Feststellungsinteresse nur Prozeßvoraussetzung sein. Das Feststellungsinteresse ist auch deshalb Zulässigkeitsvoraussetzung, weil es nur eine besondere Form des Rechtsschutzinteresses ist und jede Prozeßhandlung, insbesondere Klage, Rechtsmittel und Rechtsbehelf, ein Rechtsschutzbedürfnis voraussetzen.[2]

Feststellungsinteresse und Rechtsverhältnis unterscheiden sich vor allem in folgendem: Das Feststellungsinteresse muß zwischen den Parteien vorliegen. Der Klager muß gerade gegenüber dem Beklagten das Feststellungsinteresse haben. Demgegenüber braucht das Rechtsverhaltnis nicht zwischen den Parteien

---

1) Vgl. Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S. 34;
2) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, Grundzüge § 253 Anm. B; van Husen, Kommentar, § 24 Anm. 3 S. 39; Klinger, Kommentar, § 52 Anm. C 1 S. 347;

zu bestehen.[1] Es genügt ein beliebiges öffentliches Rechtsverhältnis.

Das Feststellungsinteresse scheidet als Vorfrage die mutwilligen und unnötigen Klagen aus. Erst wenn der Richter die Vorfrage - das Feststellungsinteresse - bejaht, darf er zum eigentlichen Streitgegenstand - dem öffentlichen Rechtsverhältnis - übergehen. Diese theoretischen Grenzen verwischen sich in der Praxis: aus dem Feststellungsinteresse können Schlüsse auf das öffentliche Rechtsverhältnis und aus dem Rechtsverhältnis Folgerungen auf das Feststellungsinteresse gezogen werden[2]. Deswegen rechtfertigt es sich, zunächst mit dem sachlichen Substrat der vorbeugenden Feststellungsklage - dem Rechtsverhältnis - zu beginnen.

Teil 1

Das Rechtsverhältnis

Der Begriff "Rechtsverhältnis" ist für die vorbeugende Feststellungsklage von erheblicher Bedeutung. Die Antwort auf die Frage, wann eine vorbeugende Feststellungsklage zulässig ist,

---

1) Diese Frage war im Zivilprozeß lebhaft umstritten. Vgl. dazu Albrecht, Rechtsnatur der Feststellungsklage, S. 16 Anm. 35. Erst das Reichsgericht hat den Streit beendet. Vgl. RGZ Bd. 170 S. 374 :"§ 256 erfordert nicht, daß das festzustellende Rechtsverhältnis zu unmittelbarer Wirkung zwischen den Parteien gelange. Es genügt, daß der Kläger vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und einem Dritten in seinem Rechtsbereich unmittelbar betroffen wird." Vgl. ferner Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 44 III S. 201; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 86 II 1 b S. 390; teilweise aA Wieczorek, Zivilprozeßordnung, § 256 B III a 1; siehe auch Müller, Feststellungsklage ZMR 1952 S. 226 ff.;

2) Vgl. Albrecht, Rechtsnatur der Feststellungsklage, S. 22. Er fragt zutreffend:"Wird nicht auch mit Feststellung des Rechtsverhaltnisses im Urteil festgestellt, daß das rechtliche Interesse vorhanden ist, und liegt nicht in der Behauptung des Rechtsverhaltnisses implizit die Behauptung, ein rechtliches Interesse an der Feststellung zu haben?"

hängt wesentlich davon ab, wie der Begriff "Rechtsverhaltnis" ausgelegt wird.

§ 8

Der verwaltungsprozessuale Begriff "Rechtsverhältnis" in historischer Sicht

Nach Bahr[1] lohnt es sich zwar stets,"auch einen Blick rückwarts zu werfen und sich die Frage vorzulegen: Wie sind die gegenwärtigen Verhaltnisse entstanden? Die Bewegung der Dinge in der Vergangenheit wird in der Regel am besten die Richtung erkennen lassen, der wir, bewußt oder unbewußt zusteuern."[2] Die Verwaltungsgerichte haben sich aber mit dem Begriff "Rechtsverhältnis " von der Gründung der ersten Verwaltungsgerichte bis 1918 noch nicht und von 1933 bis 1945 nicht mehr beschäftigt.[3][4] Lediglich die Hanseatischen Verwaltungsgerichte haben sich nach dem ersten Weltkrieg mit dem Begriff "Rechtsverhaltnis" auseinandergesetzt; auf ihre Rechtsprechung geht das Problem der vorbeugenden Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß zurück.

Die Hanseatischen Verwaltungsgerichte übertrugen die bis dahin von der zivilprozessualen Rechtsprechung und Lehre zu dem Begriff "Rechtsverhältnis" entwickelten Grundsätze auf den für das Verwaltungsstreitverfahren damals neuen Begriff "Rechtsverhältnis".[5] Sie sahen in § 20 Hamb.VGG und § 28 Brem.VGG Nachbildungen des § 256 ZPO[6]. Sie hielten die Transforma-

1) Bähr, Der Rechtsstaat,S.111;
2) Vgl. auch Bunte, Parteistreitigkeit, S.11;
3) Vgl. Menger, System, S. 232; Kersten, Entwicklung,S.35 ff; Bachof, Vornahmeklage, S. 1;
4) Vgl. auch Goldberg, Feststellungsklage, S.34; Menger, System, S. 232 Anm. 14; Reusch, Feststellungsklage,S.44 ff Schultzenstein, Feststellungsklage, Recht 1910, S.488 ff; siehe weiter: Blüher, Feststellungsklage, Jahrb. OVG Sachsen, Bd.16, S.1 ff und S.97 ff; Seidel, Feststellungsklage S.4; Vossen, Feststellungsklage, AöR Bd.24, S.202 ff;
5) Hamburg führte 1921 § 20 des Hamburgischen Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 2. Nov. 1921, Bremen 1924(§28 des Bremischen Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 6. Jan. 1924) die bis dahin im Verwaltungsstreitverfahren unbekannte allgemeine Feststellungsklage in den Verwaltungsprozeß ein.
6) Vgl. OVG Hamburg vom 29. Jan. 1930,Hans RZ 1930 A, S.741;

tion der zivilprozessualen Begriffsbestimmung des Rechtsverhältnisses auf das öffentliche Recht für unbedenklich. Das OVG Hamburg[1] begründete diesen Vorgang knapp damit, daß der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verhältnissen allein in der Rechtsnatur der die Beziehung schaffenden Norm liege. Je nachdem, ob diese Norm dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehöre, liege ein öffentlich-rechtliches oder ein privat-rechtliches Rechtsverhältnis vor.

Wenn das OVG Hamburg sich mit dieser sehr kurzen Begründung begnügen kann, so zeigt das: die Transformation wurde in Hamburg, oder allgemeiner, in den Hansestädten gebilligt. Dafür, daß die Transformation damals allgemeine Ansicht in Hamburg und Bremen war, spricht auch die justizstaatliche Vergangenheit der Hansestädte.[2]

Von diesem Ausgangspunkt her ist es verständlich, wenn die Hamburger und Bremer Verwaltungsgerichte den zivilprozessualen Begriff"Rechtsverhältnis" in ein öffentlich-rechtliches Gewand einkleideten. Dafür zwei Beispiele:

Nach einer Entscheidung des Bremer Verwaltungsgerichts aus dem Jahre 1925[3] lag ein Rechtsverhältnis vor, wenn zwischen zwei Personen, in der Regel zwischen einer Behörde und einer anderen Person, Beziehungen bestünden, die öffentliche Rechte oder Pflichten auf der einen oder anderen Seite begründeten. Die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses sei also so zu stellen, ob sich aus einem bestimmten Sachverhalt in Verbindung mit gesetzlichen Normen zwischen solchen Personen öffentlich-rechtliche Beziehungen ergäben.

---

1) OVG Hamburg vom 29.Januar 1930, HansRZ 1930 A S.741; vgl. auch Goldberg, Feststellungsklage, S.36;
2) Vgl. Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.5;
3) VG Bremen vom 2.November 1925, HansRZ 1925 Sp.955;

Das Bremer Verwaltungsgericht faßte nach dieser Formulierung den Begriff "Rechtsverhältnis" eng auf. Es ordnete nur die Beziehung zwischen zwei Personen dem Begriff "Rechtsverhältnis" zu, nicht dagegen das Verhältnis von einer Person zu einer Sache. Diese einschränkende Begriffsbildung ist lediglich aus dem konkreten Fall (Heilsarmee-Fall)[1] zu verstehen. Der Sachverhalt bot für die Frage, ob auch die Beziehungen zwischen einer Person und einem Sachgut ein Rechtsverhältnis sein könne, keinen Anhaltspunkt.[2] Eine Entscheidung des Hamburger Verwaltungsgerichts aus dem Jahre 1924[3] zeigt vielmehr, daß die Hanseatischen Verwaltungsgerichte den Begriff "Rechtsverhältnis" in dem weiten prozessualen Sinne verstanden. Das Hamburger Verwaltungsgericht formulierte: Rechtsverhältnis sei jedes durch die Herrschaft der Rechtsnorm über einen konkreten Tatbestand als Rechtsfolge dieses Tatbestandes bestehende rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgute.

---

1) Vgl. S. 54 dieser Abhandlung;

2) Vgl. auch VG Bremen vom 27.Juni 1928 - VG Ent. 1924 - 1929 -:"Die verklagte Behörde hat dem Kläger verboten, bestimmte, ihren Zwecken dienende Diensträume zu betreten. Der Kläger klagte auf Feststellung, daß dies Verbot unberechtigt sei. Die Prozeßvoraussetzung für die Feststellungsklage besteht. Die Voraussetzung dafür ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis und ein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Feststellung, ob es besteht. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ist schon dann als gegeben anzusehen, wenn zwischenden Parteien Beziehungen bestehen, kraft deren, wenn auch nur nach Meinung der Staatsbehörde, ein Einschreiten gegen den Einzelnen zulässig ist. Die verklagte Behörde hat durch Bekanntgabe ihres Verbots an den Kläger ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen sich und diesem geschaffen, denn ein Verbot, die Diensträume zu betreten, trägt den Charakter eines Hoheitsaktes, nicht nur den der Verfügung eines Eigentümers über seinen Grundbesitz. Das berechtigte Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung dieses Rechtsverhältnisses ergibt sich aus der Wahrscheinlichkeit, daß die verklagte Behörde ihm gegenüber auch in Zukunft das Verbot zur Durchführung bringen wird, worin er eine Schädigung seines Geschäfts sieht."(Nr. 74/ 1928);**vgl.Wedemeyer aa**O S.51;

3) VG Hamburg vom 3.November 1924, VG Ent. Bd. 1 Nr. 49 S. 145 - 147;

Beispiele für die vorbeugende Feststellungsklage

a) Klagen, welche die Verwaltungsgerichte als unzulässig abwiesen

In dem Hamburger Weinhaus und Kabarett des Klägers tanzten gelegentlich Gäste während einzelner Musikstücke. Die Polizeibehörde vertrat die Auffassung, das Tanzen sei Abhalten von Tanzlustbarkeiten im Sinne von § 33 c GO und daher genehmigungspflichtig. Der Kläger habe das Tanzen zu verhindern, oder es werde ihm die Konzession entzogen. Der Kläger erhob dagegen Feststellungsklage. Er beantragte, festzustellen: daß er nicht verpflichtet sei, in seinem Betrieb gelegentliches Tanzen von Paaren aus dem Publikum gelegentlich einzelner Musikstücke zu verhindern, evtl. daß das Dulden derartiger gelegentlicher Tänze kein Abhalten von Tanzlustbarkeiten im Sinne des § 33 c GO darstelle und der Genehmigung nicht bedürfe, evtl. daß die Androhung der Konzessionsentziehung wegen Duldens gelegentlichen Tanzens unberechtigt sei.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage als unzulässig ab. Es führte aus:

§ 20 Hamb.VGG lasse zwar ausdrücklich die Feststellungsklage zu, soweit es sich dabei um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhaltnisses handele. Davon sei aber im vorliegenden Fall nicht die Rede. Es handele sich vielmehr im Grunde um nichts anderes, als um eine Meinungsverschiedenheit der Parteien darüber, wie ein gewisser Tatbestand rechtlich zu beurteilen sei und alle Klageantrage bezweckten nichts anderes, als durch ein Feststellungsurteil eine Entscheidung über diese Meinungsverschiedenheit herbeizuführen.

Naturgemäß seien im Verwaltungsstreitverfahren Rechtsgestaltungsklagen überall zulässig. Wie aber im Zivilprozeß die Zulässigkeit von Feststellungsklagen ihre rechtliche Grundlage stets in besonderen gesetzlichen Vorschriften finde und wie darüber hinaus Feststellungsklagen durchweg unzulässig seien, so müsse auch für das Verwaltungsstreitverfahren derselbe Grundsatz gelten und das um so mehr, als die Feststellungs-

klage bezüglich des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ausdrücklich und unter näherer Bestimmung der Voraussetzung, unter denen sie erhoben werden könne, zugelassen sei. Hätten darüber hinaus irgend welche anders gearteten Feststellungsklagen zulässig sein sollen, so hätte das im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen, und namentlich hätten dabei auch, ebenso wie es in § 20 Hamb.VGG geschehen sei, die näheren Voraussetzungen festgelegt werden müssen, die vorliegen müßten, damit die Feststellungsklage im Einzelfall zulässig sei.[1)]

In einem anderen Fall befaßte sich die Klägerin damit, künstliche Augen herzustellen und zu vertreiben. Die Polizeibehörde war der Ansicht, die Klägerin bedürfe nach Art der Ausübung ihres Gewerbes des Wandergewerbescheines. Die Klägerin erhob dagegen Klage mit dem Antrag, festzustellen, daß sie berechtigt sei, ihren Gewerbebetrieb auch ohne Wandergewerbeschein auszuüben.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage als unzulässig ab.

Es führte aus:

Es handele sich nicht um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, vielmehr lediglich um eine Meinungsverschiedenheit darüber, wie ein bestimmter Sachverhalt rechtlich zu beurteilen sei. Der Klageantrag bezwecke nichts anderes als durch Fetstellungsurteil eine Entscheidung über diese Meinungsverschiedenheit herbeizuführen.[2)]

Dem letzten hier darzustellenden Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

---

1) VG Hamburg vom 24. April 1922 VG Ent. Bd.1 Heft 1,S.7 Nr.2
2) VG Hamburg vom 11. September 1922 VG Ent. Bd. 1 Heft 1 S. 8;

Die Reederei des Dampfers "Cleveland" gab dem einen Kläger (shipchandler) 14 Sammelpostpakete zurück, die mit der Post an diesen Dampfer gerichtet waren und 98 an Mitglieder der Schiffsbesatzung gerichtete Einzelpakete mit Tabakwaren enthielten. Die Rückgabe erfolgte deshalb, weil das Freihafenamt die Beförderung nach § 6 HFG für unzulässig hielt.

Der Kläger und vier Interessentenverbände verlangten von der verklagten Dampfschiffahrtsgesellschaft Feststellung, daß das Freihafenamt nicht befugt sei, Pakete zu beschlagnahmen, die der erste Kläger versende, um die Mannschaft ausgehender Schiffe mit Reisebedarf im Umfang des Zolltarifgesetzes vom 23.Dezember 1902 so zu beliefern, daß er vom Zollausland die Pakete mit der Anschrift an den Dampfer X für den 1. Offizier A oder den Heizer B usw. adressiere.

Das OVG Hamburg wies die Klage mit folgender Begründung als unzulässig ab:

Unter Rechtsverhältnis könne nur die konkrete, d.h. durch Anwendung der Norm auf einen bestimmten Tatbestand verwirklichte Beziehung angesehen werden, nicht hingegen die abstrakte, d.h. durch Anwendung der Norm auf einen bloß gedachten Tatbestand hergestellte Beziehung. M.a.W. könne die Feststellungsklage immer nur einen bestimmten Rechtsfall, niemals eine allgemeine Rechtsfrage zum Gegenstand haben.

Der Klageantrag nehme den konkreten Tatbestand der an den Dampfer "Clevland" gerichteten Sammelpostpakete zum Anlaß, um für die zukünftige gewerbliche Tätigkeit des einen Klägers die Feststellung zu erreichen, daß behördliche Eingriffe in einen bestimmten Zweig dieser Tätigkeit nicht erfolgen dürften. Es handele sich also bei diesem Antrag um Normanwendung auf einen noch nicht verwirklichten, sondern zukünftig gedachten Tatbestand. Die Feststellungsklage könne aber nicht dazu dienen, zu klären, ob eine allgemeine Verpflichtung, etwas zu tun oder zu unterlassen, bestehe.

Sie sei kein Mittel der bloßen Gesetzerklärung; denn Gerichtsbarkeit sei sowohl im öffentlichen, wie im privaten Recht entweder Gesetzesanwendung in Form von Gestaltungsurteilen oder Nachprüfung von Gesetzesanwendungen, niemals schlechthin Belehrung über das Gesetz, d.h. über die Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse oder, um einen Ausdruck Walter Jellineks, Verwaltungsrecht S. 192, zu gebrauchen, über den dem Verhältnis vorangehenden Rechtszustand.[1)]

b) Klagen, welche die Verwaltungsgerichte für zulässig hielten.

In einem anderen Fall verwendete der Kläger, ein Zahnarzt, Gold und Platin für ärztliche Zwecke. Die Polizeibehörde war der Ansicht, daß der Kläger einer Erlaubnis zum Erwerb und Schmelzen von Edelmetallen nach dem Gesetz über den Verkehr von Edelmetallen vom 11. Juli 1923 bedürfe.

Die dagegen erhobene Klage mit dem Antrag festzustellen, daß der Kläger einer solchen Erlaubnis nicht bedürfe, hielt das VG Hamburg[2)] für zulässig.

Es begründete seine Ansicht wie folgt:

Der Einwand, daß die Klage als Feststellungsklage unzulässig sei, weil ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht bestehe oder aber der Kläger kein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Feststellung habe, sei unbegründet.

---

1) OVG Hamburg vom 29.Januar 1930 VG Ent Bd. 3 S. 79-80 HansRZ 1930 A S. 741-742; 1931 A S. 619;

2) VG Hamburg vom 3.November 1924 HansRZ 1925 Sp. 326. Das VG prüfte sodann die Frage, ob der Kläger ein berechtigtes Interesse habe. Dazu führte es aus:"Ein berechtigtes Interesse an der beantragten alsbaldigen Feststellung hat der Kläger, weil das Edelm.G. neben der Pflicht zur Einholung der fraglichen Erlaubnis noch verschiedene andere Pflichten enthält, deren Außerachtlassung unter Strafe gestellt ist, und weil der Kläger, und zwar bald, im klaren darüber sein muß, ob diese Pflichten auch ihm obliegen."

Allerdings seien Feststellungsklagen, mit denen nur die amtliche Beantwortung einer Rechtsfrage für etwaige künftige Streitfragen verlangt werde, nicht zulässig, da es sich dabei nicht um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses handele. Hier aber liege es anders: Wenn die Verklagte der Ansicht sei, dass der Kläger der Erlaubnis bedürfe, so vertrete sie damit den Standpunkt, daß auf Grund des Edelmetallgesetzes durch die berufliche Tätigkeit des Klägers bestimmte öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen Kläger und öffentlicher Gewalt entstanden seien. Mit der Annahme derartiger Beziehungen behaupte sie das Bestehen eines bestimmten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses. Denn ein Rechtsverhältnis sei jedes durch die Herrschaft der Rechtsnorm über einen konkreten Tatbestand als Rechtsfolge dieses Tatbestandes entstandene rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut. Der Kläger behaupte deshalb das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses.

Das OVG Hamburg hielt die Feststellungsklage einer Musiklehrerin für zulässig, durch die beantragt war, festzustellen, daß sie wegen ihrer Betätigung in Konzerten keinen Gewerbeanmeldeschein zu lösen brauche.[1)]

In einem anderen Fall hatte die Heilsarmee, Grundstücks-GmbH Berlin, vertreten durch ihre Geschäftsführerin, sowie der Adjutant der Heilsarmee in Bremen Klage gegen die Polizeidirektion erhoben mit dem Antrage, das Verwaltungsgericht wolle feststellen, daß die Polizeidirektion Bremen nicht berechtigt sei zu verlangen, daß für diejenigen Personen, welche in Wirtschaften und Hotels der Stadt Bremen die Zeitschriften der Heilsarmee verkaufen, Legitimationsscheine nach § 43 GO ausgestellt würden.

Das VG Bremen wies die Klage der ersten Klägerin ab, gab

---

1) OVG Hamburg vom 21. September 1932, VG Ent.Bd. 4 S. 88-90;

dagegen der Klage des zweiten Klägers antragsgemäß statt, indem es feststellte, die Polizeidirektion sei nicht berechtigt zu verlangen, daß die Angehörigen der Heilsarmee, welche in Wirtschaften und Hotels der Stadt Bremen die Zeitschriften der Heilsarmee verkaufen, mit Legitimationsschein gemäß § 43 GO versehen werden.

Das Verwaltungsgericht begründete seine Ansicht, daß ein Rechtsverhältnis vorliege, wie folgt:

Ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 28 Brem.VGG liege dann vor, wenn zwischen zwei Personen, im Regelfall zwischen einer Behörde und einer anderen juristischen oder natürlichen Person, Beziehungen bestünden, die öffentliche Rechte oder Pflichten auf der einen oder anderen Seite begründeten. Die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses sei also, ob sich aus einem bestimmten Sachverhalt in Verbindung mit gesetzlichen Normen öffentlichrechtliche Beziehungen zwischen diesen Personen ergäben.

Im vorliegenden Fall sei die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen Rechtsverhältnisses die Frage, ob sich aus dem Tatbestand, daß und wie Druckschriften der Heilsarmee vertrieben würden, ein Recht der Beklagten ergäbe, die Einholung einer Erlaubnis zum Verkauf und die Führung von Legitimationsscheinen durch den Verkäufer zu verlangen. Diese Auslegung des Gesetzes umfasse ein weites Gebiet von Feststellungen; sie sei aber durch das Bedürfnis der rechtsuchenden Behörden und Personen geboten. Eine Einengung, wie sie vom Hamburger VG bei der gleichlautenden Hamburger Bestimmung vorgenommen sei (Entscheidungen des Hamburger Verwaltungsgerichts Bd.I Heft 1 S. 7-8), werde durch den Wortlaut des Gesetzes nicht gerechtfertigt und könne bewirken, daß Parteien, die ein berechtigtes Interesse an der Entschei-

dung einer derartigen Rechtsfrage hätten, der Weg des unmittelbaren Rechtsschutzes versagt werde und sie dadurch genötigt würden, auf dem Umweg über die Anfechtung einer Verfügung oder gar eines Strafverfahrens zu einer Entscheidung zu gelangen.[1)]

In einem weiteren Fall lag es so:

Der Schulvorstand in Cuxhaven hatte einen Auswärtigen zum Lehrer gewählt; die Oberschulbehörde jedoch hatte die Bestätigung zunächst verweigert, weil einheimische Kräfte zur Verfügung stünden. Später hatte sie nachgegeben. Gleichwohl klagte nunmehr die Stadt Cuxhaven gegenüber der Oberschulbehörde auf Feststellung, daß diese in solchen Fällen nicht berechtigt sei, vom Magistrat den Nachweis zu verlangen, daß geeignete einheimische Kräfte nicht zur Verfügung standen (offenbar weil sich die Oberschulbehörde im allgemeinen dieses Rechts für etwaige zukünftige Fälle berühmte).

Das OVG Hamburg hielt die Klage für zulässig. Es führte zu der Frage, ob ein Rechtsverhältnis vorliege aus:

Nach § 4 Abs.3 des Schulgesetzes bedürfe die Wahl der Lehrer der Bestätigung durch die Oberschulbehörde. Die Klägerin behaupte, sie habe das Recht, von der Oberschulbehörde.die Bestätigung dieser Wahl zu verlangen, wenn sie gegen die Wahl nichts anderes einzuwenden habe, als daß der Gewählte kein Hamburger sei, oder die Oberschulbehörde sei verpflichtet, die Wahl zu bestätigen, wenn sie nichts anderes einwenden könne. Die Klägerin bekannte damit das Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses und auch gleichzeitig das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses anderer Art, nämlich eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Oberschul-

---

1) VG Bremen vom 2. November 1925 in HansRZ 1925 Sp. 955-960, mitgeteilt von Steengrafe;

behörde in der Ausübung ihres Betätigungsrechts völlig frei sei, eines Verhältnisses, dessen Bestehen umgekehrt die verklagte Oberschulbehörde behaupte.

Daß es sich bei diesem durch das Schulgesetz begründeten Verhältnis um ein Rechtsverhältnis handele, d.h. um ein durch die Herrschaft der Rechtsnorm über einen bestimmten Tatbestand als Rechtsfolge dieses Tatbestandes entstandene Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde, könne ebensowenig bezweifelt werden, wie wenn es sich um ein privat-rechtliches Vertragsverhältnis handele, nach dem die Vertragsparteien sich die Genehmigung bestimmter Rechtshandlungen der anderen Partei ausbedungen habe. Wie in diesem Falle die Vertragspartei die streitige Tragweite des Genehmigungsrechts feststellen lassen könne, so müßten in einem Fall wie dem vorliegenden der an dem Rechtsverhältnis Beteiligte Feststellung verlangen können, wenn auch die weitere Voraussetzung, ein Feststellungsinteresse, gegeben sei.[1)]

Ein weiterer Fall hatte folgenden Sachverhalt:

Oberlehrer sollten nach der Hamburgischen Gehaltsordnung vom 19.Juni 1912 bei der vierten Alterszulage zu Professoren ernannt werden. Die klagenden Oberlehrer hatten diese Zulage am 1.Januar 1920 erreicht und klagten auf Feststellung, daß ihnen nicht verboten werden könne, sich Professoren zu nennen, evtl. festzustellen, daß sie zu Professoren ernannt werden müßten, evtl. Verurteilung zur Ernennung.

Das Verwaltungsgericht Hamburg hielt den ersten Feststellungsantrag für zulässig. Es führte aus:

Wenn das Verwaltungsgericht zuständig sei für die Entscheidung von Anordnungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, so dürfte, um den Sinn des Gesetzes gerecht zu

---

1) OVG Hamburg vom 29.Dezember 1922, VG Ent. Bd. 1 Heft 1, S.64 - 66;

werden, der Begriff der behördlichen Anordnung und Verfügung nicht eng ausgelegt werden. Spreche eine Behörde, wie hier, ein bestimmtes Verbot aus, so müsse auch darin eine behördliche Verfügung erblickt werden, die an sich im Verwaltungsstreitverfahren anfechtbar sei. Weiter müsse aber auch anerkannt werden, daß die Kläger an der alsbaldigen Feststellung ein berechtigtes Interesse hätte, und zwar im Hinblick auf das gegen sie wegen unberechtigter Titelführung schwebende Strafverfahren.[1)]

Im letzten hier darzustellenden Fall lag es so:

Die zustandige Bremer Behörde hatte den Kläger zur vorläufigen Reinigung eines Fleetes herangezogen. Der Kläger erhob Feststellungsklage und beantragte, festzustellen, daß er endgültig zur Reinigung nicht verpflichtet sei.

Das Verwaltungsgericht begründete die Zulässigkeit der Klage wie folgt:

Der Kläger könne bei der nachsten Schauung der Fleete auf Grund seiner vorlaufigen Reinigungspflicht herangezogen werden, das in Frage stehende Fleetstück zu reinigen. Er habe deshalb ein Interesse daran, von dieser vorläufigen Reinigungspflicht alsbald frei zu kommen. Er klage gegenüber der Behörde, die ihn vorläufig in Anspruch nehme, auf Feststellung, daß er endgültig nicht verpflichtet sei. Selbst wenn die Behörde in diesem Rechtsstreit nicht behaupten wolle, daß sie den Kläger für die endgültige Reinigungspflicht in Anspruch nehme, so bleibe für den Kläger doch das berech-

---

1) VG Hamburg vom 27.März 1922, HansRZ 1923 Sp. 30 ff; vgl. auch Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S.191,300; das OVG Hamburg vom 4.Juli 1922, HansRZ 1923 Sp. 30 ff, wies auf die Berufung die Klage ab; siehe auch Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.93;

tigte Interesse an der Feststellung, daß ihm öffentlich-rechtlich keine Reinigungslast obliege. Damit könne er unter Umständen bewirken, daß er auch vorläufig nicht in Anspruch genommen werde. So könne er vermeiden, daß er fortlaufend aus dem Gesichtspunkt in Anspruch genommen werde, er sei auf Grund seines Besitzstandes zur vorläufigen Reinigung verpflichtet.[1)2)]

1) VG Bremen vom 14.Juni 1926, VG Ent.1924 - 1929,S. 52;
2) Vgl. zum Vorhergehenden auch Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S. 69 ff;

§ 9

Die Meinungen der verwaltungsrechtlichen und verwaltungsprozessualen Lehre

Walter Jellinek[1] knüpfte an die Rechtsprechung der Hanseatischen Verwaltungsgerichte an und lehrte: "Unter Rechtsverhältnis verstehen wir ... die Beziehung zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten, kraft deren das eine Rechtssubjekt dem anderen gegenüber etwas tun, oder nicht tun soll, darf oder kann." Nicht jede denkbare Beziehung zwischen Staat und Einzelnem sei ein Rechtsverhältnis. Man müsse daher den dem Rechtsverhältnis vorangehenden Rechtszustand von dem Rechtsverhältnis selbst wohl unterscheiden. "Rechtszustand ist die Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse, bezogen auf ein Rechtssubjekt, daher eine Eigenschaft des Rechtssubjekts oder, um einen Ausdruck des klassischen Rechts zu gebrauchen, ein Status von ihm." Diesen Status faßte er sehr eng auf. Ein Rechtsverhältnis sei im öffentlichen Recht schon dann gegeben, "wenn zwischen Staat und Einzelnem Beziehungen bestehen, kraft deren auch nur nach Meinung der Staatsbehörde ein Einschreiten gegen den Einzelnen zulässig ist."[2]

An diese Definition lehnen sich Bergmann[3], Eyermann-Fröhler[4], Fleiner[5], Giese[6], Giesges[7], Haueisen[8], Klinger[9], v. Köhler[10], Albrecht Naumann[11], Richard Naumann[12]

1) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S.191,192;
2) Walter Jellinek, Schutz des öffentlichen Rechts, VVDStL, Heft 2 S. 62;
3) Bergmann, Feststellungsklage, S.86;
4) Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 24 Anm.I 1a;
5) Fleiner, Institutionen, S.48; vgl. auch Nebinger, Verwaltungsrecht, S.257 ff;
6) Giese, Deutsches Verwaltungsrecht, S.95;
7) Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg, S.44;
8) Haueisen, Feststellungsklage, NJW 1932 S.914;
9) Klinger, Kommentar, S. 135;
10) v. Köhler, Grundlehren, S.204,205;
11) Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.327;
12) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.400;

van de Sandt[1], v.Turegg[2], und v.Werder-Labs-Ortmann[3] teils wörtlich, teils inhaltlich - meist ohne nähere Begründung - an. Menger[4] steht zwar auch auf dem Boden der herkömmlichen Lehre. Er versucht aber seine Ansicht dogmatisch tiefergehend zu begründen, in dem er ausführt:"Unter einem Rechtsverhältnis ... versteht man die öffentlich-rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Behörde oder zu einem Sachgut, welche sich als Rechtsfolge aus dem einen konkreten Sachverhalt deckenden Tatbestand eines Rechtssatzes ergibt." Wenn ein Rechtssatz des öffentlichen Rechts, so führt er zur Begründung an[5], allein oder in Verbindung mit anderen Rechtssätzen ausspreche, daß bei Vorliegen eines Tatbestandes ein öffentlich-rechtliches Zuordnungssubjekt eine Rechtsfolge setzen soll, so liege stets dann, wenn ein durch eine Person ausgelöster konkreter Sachverhalt den gesetzlichen Tatbestand decke, zwischen der Person (Zurechnungssubjekt) und Pflicht- oder Rechtssubjekt des Rechtssatzes (Zuordnungssubjekt) eine öffentlich-rechtlich geregelte Beziehung, d.h. ein öffentliches Rechtsverhältnis vor. Enthalte der Tatbestand des öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes als notwendiges Tatbestandselement einen Gegenstand, so bestehe sowohl zwischen dem Zurechnungssubjekt und dem Gegenstand als auch dem Zuordnungssubjekt und dem Gegenstand ein öffentliches Rechtsverhältnis. Löse schließlich nicht ein Zurechnungssubjekt, sondern ein Ereignis (z.B. der Blitzschlag) einen Sachverhalt aus, welcher den Tatbestand eines öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes erfülle, so gelte das gleiche zwischen den Zuordnungssubjekten untereinander und zu evtl. Sachgütern. Das öffentliche Rechtsverhältnis könne also mit anderen Worten als die durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierte normierte Beziehung zwischen Rechtssubjekten untereinander (Personen, Behörden) bzw. zwischen Rechtssubjekten und Sachgütern bezeichnet werden.

1) Van de Sandt, Kommentar, § 52 Anm.2,S.116;
2) v.Turegg, Feststellungsklage, MDR 1952 S.150,151;Verwaltungsrecht, S.97;
3) v.Werder-Labs-Ortmann, Kommentar,§ 52 Anm.II S.132;
4) Menger, System, S.233 unten und S.234 oben;
5) Menger, aaO,S.235;

§ 10

Der Begriff "Rechtsverhältnis"

I.

Die Definition

Diesen Ansichten soll auch hier gefolgt werden und der Begriff "Rechtsverhältnis" in einem weiten Sinn verstanden werden. Diese weite Auslegung gebietet Artikel 19 Abs.4 GG. Diese Vorschrift fordert vorbeugenden Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt. Die Feststellungsklage kann diesen vorbeugenden Rechtsschutz für den Verwaltungsprozeß übernehmen, wenn ihr Streitgegenstand - das öffentliche Rechtsverhältnis - weit gefaßt wird. Daher ist mit Menger[1] als Rechtsverhältnis die zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten untereinander oder zwischen Rechtssubjekten und Rechtsobjekten durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierte normierte Beziehung zu verstehen.

Prüfen wir diese Definition im einzelnen.

II.

Das öffentliche Rechtsverhältnis

1. Die gesetzlichen Grundlagen

Streitgegenstand der vorbeugenden Feststellungsklage ist ein öffentliches Rechtsverhältnis.[2] Das bestimmt § 52 VO 165 ausdrücklich. § 24 VGG, § 24 Rh.-Pf. VGG und § 16 BVerwGG haben dem Begriff "Rechtsverhältnis" das Adjektiv "öffentlich" nicht beigefügt. Gleichwohl können auch hier die Verwaltungsgerichte nur überöffentliche, nicht aber über private Rechtsverhältnisse zugleich entscheiden. Das folgt aus dem Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen der VVO und aus einer Gegenüberstellung mit der Generalklausel des § 13 GVG.

§ 24 VGG hängt unmittelbar mit § 22 VGG zusammen. Einmal folgt § 24 VGG der Vorschrift des § 22 VGG, und zum anderen sind beide Bestimmungen unter der Überschrift "Zuständigkeit" zu einem Abschnitt und damit zu einer Einheit zusammengefaßt. Nach § 22 VGG entscheidet das Verwaltungsgericht über die Anfechtung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden und von

1) Vgl. Menger, System, S.235;
2) Vgl. Bergmann, Feststellungsklage, S.51 ff; Fenge, Feststellungsklage, S. 60; Haueisen, Feststellungsklage, NJW 1952 S.914; Reusch, Feststellungsklage, S.60 ff, der für § 20 des früheren Hamb.VGG zu demselben Ergebnis kommt; Ule, Kommentar, § 16 Anm. 2 S.90;

sonstigen Verwaltungsakten (Anfechtungssachen) sowie in anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts (Parteistreitigkeiten), soweit nicht besondere Verwaltungsgerichte oder Schiedsgerichte oder die bürgerlichen Gerichte zu entscheiden haben. Eine andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts ist der Streit über ein Rechtsverhaltnis. Dieser Streit ist jedoch nur dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn auch das Rechtsverhaltnis öffentlich-rechtlicher Natur ist. Denn nur aus einem öffentlichen Rechtsverhaltnis können öffentliche Rechte und Pflichten entspringen.

Dieselbe Folgerung kann aus § 24 Rh.-Pf. VGG in Verbindung mit § 15 Rh.-Pf. VGG gezogen werden, denn diese Vorschriften stimmen nahezu wörtlich mit §§ 22 und 24 VGG überein.

Ahnlich liegen die Verhaltnisse bei § 16 BVerwGG. Diese Vorschrift findet sich im Abschnitt "Verfahren". Die Verfahrensvorschriften können jedoch nur innerhalb des Zustandigkeitsbereiches des BVerwG gelten. Die Zustandigkeit ist in den §§ 9 - 11 BVerwGG geregelt. Nach § 9 Abs.1 Buchstabe a BVerwGG entscheidet das BVerwG über die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhaltnisses. Daher kann § 16 BVerwGG auch nur ein öffentliches Rechtsverhaltnis betreffen.

Endlich spricht § 13 GVG gegen die Annahme, daß die Verwaltungsgerichte über private Rechtsverhaltnisse entscheiden dürfen. Nach dieser Bestimmung sind die ordentlichen Gerichte für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zustandig. Dazu gehört die Entscheidung über privaten Rechtsverhaltnisse. Das ist unbestritten. Streit herrscht nur darüber, ob die Zivilprozeßsachen kraft Tradition und kraft Zuweisung bei den ordentlichen Gerichten verbleiben sollen oder ob die Verwal-

tungsgerichte zu entscheiden haben.[1]

2. Die tatsächlichen Grundlagen

Die Begriffe "privates" und "öffentliches" Rechtsverhältnis umschreiben also die Zulässigkeit des ordentlichen und des Verwaltungsrechtsweges.[2]

Der Verwaltungsrichter prüft die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs nach der Natur des Klagebegehrens. Er legt sich die Frage vor, was unter dem tatsächlichen Vorbringen des Klägers in Wahrheit als Streitgegenstand zu verstehen ist.[3] Das Reichsgericht hatte 1927 die Ansicht vertreten, ob der Streit nach seinem Gegenstand dem öffentlichen oder privaten Recht angehöre, sei nur aus der Gegenüberstellung dessen zu erkennen, was von beiden Seiten in Anspruch genommen werde.[4] Das hat auch im Verwaltungsprozeß insbesondere wegen des Untersuchungsgrundsatzes zu gelten. Es kommt nicht allein auf den Klageanspruch an, sondern der Verwaltungsrichter muß mit den Einwendungen des Beklagten den ganzen Streitstoff untersuchen, um die verschiedenen Gerichtswege abgrenzen zu können.[5]

III.

Das "Rechts"verhältnis

1.Allgemeines

Streitgegenstand der vorbeugenden Feststellungsklage ist ein Rechtsverhältnis. Den Gegensatz bildet das tatsächliche

---

1) Vgl. Bachof, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949 S.378 ff; Richard Naumann, Verhandlungen, D S. 22 ff; Ule, 38. Deutscher Juristentag, DVBl. 1950 S.645 Anm.2; Hans J.Wolff, Unterschied, AöR Bd.76 S.214 setzen sich für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ein.
2) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 45 ff wegen der Abgrenzung beider Rechtsbereiche;
3) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.102;
4) RG, RGZ Bd.117 S.236;
5) Vgl. Bötticher, Zulässigkeit des Rechtswegs, DVBl. 1950 S.324; Forsthoff aaO; Ule, Tagung, DVBl.1950 S.337;

Verhältnis. Aus dieser Unterscheidung ergibt sich zwanglos, daß mit der vorbeugenden Feststellungsklage reine Tatsachen nicht festgestellt werden können. Wenn der Verwaltungsrichter hier nur über ein rechtliches, nicht aber über ein tatsächliches Verhaltnis urteilen darf, so hat das in zwei Gründen seinen tieferen Sinn:

a) Der Verwaltungsrichter entscheidet, indem er einen konkreten Tatbestand unter die Begriffe einer abstrakten Rechtsnorm subsumiert. Er hat für diesen Vorgang zwei Handlungen vorzunehmen: einmal ordnet er die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen und stellt sie, vor allem wenn sie streitig sind, fest. Zum anderen prüft er diesen Tatbestand am Rechtssatz. Wenn sich der Verwaltungsrichter auf die Feststellung von Tatsachen beschranken dürfte, dann unterbliebe der zweite, viel wichtigere Teil seiner Tätigkeit: die richterliche Würdigung der Tatsachen.

b) Die Funktion der Verwaltungsgerichte gegenüber der Verwaltung ist Rechtskontrolle, nicht aber Tatsachenkontrolle.[1] Das hat seinen Grund in der Gewaltentrennung.

2. Die Fallgruppen

Eine reine Tatsachenfeststellung ohne Beziehung auf eine Rechtsnorm ist daher unzulässig.[2][3]

---

1) Vgl. OVG Münster vom 8. Februar 1957, NJW 1957 S.1251: "Die Verwaltungsgerichte sprechen Recht und verwalten nicht. Ihre Tätigkeit ist auf die Kontrolle der Verwaltung beschränkt."

2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.473; Klinger, Kommentar, § 52 Anm. B 2 S.346; Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.218; van de Sandt, Kommentar, § 52 Anm. 2, S.117; Ule, Kommentar, § 16 Anm.2, S.90;

3) Dagegen können in Bayern z.B. nach Art. 5 VO Nr. 85 vom 27.September 1946 - GVBl. S.291 - zur Ausführung des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25.September 1946 - GVBl. S. 281 - folgende Tatsachen festgestellt werden: Zugehörigkeit von Grundstücken zu einer Gemeindemarkung oder einer abgesonderten Markung, öffentliche Eigenschaft eines Weges mit Zuhörungen, einer Brücke oder eines Abzugskanals, Pfarrsprengelgrenzen, Grenzen eines sonstigen Kirchengemeindebezirks, eines Haupt- oder Fernbezirks;

Bei unstreitigem Tatbestand und unstreitiger Rechtsfolge können die Verwaltungsgerichte nicht angerufen werden. In diesem Fall könnte der Verwaltungsrichter die Sach- und Rechtslage nur bestätigen, nicht aber, wie es seine Aufgabe ist, rechtlich würdigen.

Im übrigen sind folgende Fälle möglich:

Zwischen den Beteiligten eines Rechtsverhältnisses sind die Tatsachen oder die Rechtsfolgen oder beides streitig.

Besteht über die Rechtsfolge keine Meinungsverschiedenheit, dann kann der Verwaltungsrichter ebenfalls, ohne Unterschied, ob die Tatsachen streitig oder nicht streitig sind, nicht durch Sachurteil entscheiden. Eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Rechtsfolge und damit des Rechtsverhältnisses ist nicht erforderlich, weil insoweit zwischen den Parteien Rechtsfriede herrscht.

Ist der Tatbestand unstreitig, dann kann der Verwaltungsrichter sachlich nur entscheiden, wenn die Rechtsfolge streitig ist. Denn lediglich insoweit besteht zwischen den Parteien eine Ungewißheit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses.

Ist darüber hinaus eine Tatsache streitig, dann, aber auch nur dann, muß der Verwaltungsrichter die Tatsache feststellen, soweit er sie für den Subsumierungsvorgang benötigt. Die festgestellten Tatsachen erscheinen allein in den Gründen der Entscheidung. Der Tenor enthält nur die Feststellung einer daraus abgeleiteten Rechtsfolgen.

3. Das Ergebnis

Tatsachen sind alle inneren und äußeren Vorgänge und Zustände. Darunter fällt auch die rechtliche Qualifikation von Personen und Sachen.[1)]

---

1) Vgl. Fenge, Feststellungsklage, S.76;

Gelegentlich bereitet die Feststellung Schwierigkeiten, ob eine Tatfrage als unselbständiger Teil des Rechtsverhältnisses oder das Rechtsverhältnis selbst streitig ist. Dieses Problem ist immer dann gegeben, wenn Tat- und Rechtsfragen im vorgetragenen Sachverhalt vermischt erscheinen. Es ist nicht unlösbar. Z.B. hat das OVG Hamburg[1] zutreffend ausgeführt: Ob ein Raum Wohnraum oder gewerblicher Raum sei, enthalte nicht nur die Feststellung einer Tatsache, sondern zugleich die Feststellung, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältnis im weiteren Sinne zwischen dem Kläger und der Behörde bestehe oder nicht.

In Zweifelsfällen - also wenn unklar ist, ob eine Tatsache oder ein Rechtsverhaltnis vorliegt - wird man - eine Auswirkung des Artikels 19 Abs. 4 GG - das letztere annehmen müssen. So hat z.B. das BVerwG die Frage, ob ein Beamter über die Beendigung eines Beamtenverhältnisses hinaus einer bestimmten Besoldungsgruppe angehört, richtig nicht als Tatfrage, sondern als "eine von mehreren den Inhalt eines Beamtenverhältnisses ausmachende Rechtsbeziehung" angesehen.[2] [3]

IV.

Das Rechts"verhältnis"

Ein Rechtsverhältnis ist ein rechtlich bestimmtes Verhältnis.[4] Es setzt voraus, daß Rechte und Pflichten gegeneinander wirken. Wenn ein Rechtssubjekt nur berechtigt oder nur verpflichtet ist, kann zu einem anderen Rechtssubjekt oder Rechtsobjekt kein Rechtsverhältnis bestehen.[5] Aus dem Begriff "Verhältnis" folgt ohne weiteres: bloße rechtliche

---

1) OVG Hamburg vom 28.Februar 1950, Bf.I 591/49; vgl. auch S. dieser Abhandlung;
2) BVerwG vom 7.Oktober 1955, DVBl. 1956 S.22 ff (23);
3) Weitgehend das KG vom 28.April 1955, NJW 1955 S.1286: "Eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO ist auch dann zulässig, wenn nur die Feststellung des Bestehens eines faktischen Gesellschaftsverhältnisses begehrt wird."
4) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd.1, S.139;
5) Vgl. Kormann, System, S.104;

Eigenschaften oder bloße Rechtsfragen können nicht Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage sein[1]. Der Kläger kann z.B. nicht vorbeugend auf Feststellung klagen, daß der Staat ein bestimmtes Gesetz anzuwenden habe[2], daß eine Norm gültig oder ungültig sei[3] oder in bestimmter Weise ausgelegt werden müsse.[4]

Die Abgrenzung zwischen bloßen Rechtsfragen und Rechtsfolgen aus aktualisiertem Tatbestand kann in der Praxis schwierig sein. Z.B. hatte das OVG Hamburg[5] die Klage des Schiffahrtsverbandes wegender Hafenschiffahrtsentgelte als unzulässig abgewiesen, weil der Streit um eine abstrakte Rechtsfrage, um die Feststellung des Inhalts objektiven Rechts und eine objektive Rechtslage gehe. Hier lag aber ein konkreter Sachverhalt vor, denn die Stadt Hamburg hatte dem Verband Strafsanktionen angekündigt. Auch in dem Kabarettfall handelte es sich bei der Frage, ob der Wirt das gelegentliche Tanzen von Gästen zu einzelnen Musikstücken zu verhindern habe, nicht um eine abstrakte Rechtsfrage, sondern wegen der Drohung, die Konzession zu entziehen, um eine durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierte normierte Beziehung zwischen dem Gastwirt und dem Staat.[6]

In Zweifelsfällen werden die Verwaltungsgerichte - als Folge des Artikels 19 Abs. 4 GG - nicht eine bloße Rechtsfrage, sondern ein konkretes Rechtsverhaltnis annehmen müssen.[7]

---

1) Vgl. Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 24 Anm. I 1 a; Forsthoff, Lehrbuch, S.473; Klinger, Kommentar, § 52 Anm. B 2; Menger, System, S.236;van de Sandt, Kommentar, § 52 Anm.2; Ule, Kommentar, § 16 Anm. I 2 b;
2) Vgl. VGH Hessen vom 2.Februar 1949, DV 1949 S.567;
3) Anders nach § 25 VGG; vgl. S.104 dieser Abhandlung;
4) Vgl. S.50ffdieser Abhandlung;
5) OVG Hamburg vom 24.Mai 1950, Bf. II 684/49;
6) VG Hamburg vom 24.April 1922, VG Ent.Bd.1 S.7;
7) Vgl. aber auch BAG vom 6.Oktober 1955, AP Nr.3 zu § 256 ZPO: "Für die abstrakte Feststellung, daß ein bestimmter Vertrag ein Arbeitsvertrag sei, fehlt regelmäßig das Feststellungsbedürfnis."

V.
Teile des Rechtsverhältnisses

Der Verwaltungsrichter kann vorbeugend qualitativ selbständige Teile eines Rechtsverhaltnisses feststellen, wenn sie für sich allein verständlich sind.[1] Dagegen kann die vorbeugende Feststellungsklage nicht unselbständige Teile des Rechtsverhältnisses zum Streitgegenstand haben, z.B. einzelne Vorfragen, die Elemente des Rechtsverhältnisses, die Grundlagen für die Berechnung eines einheitlichen Anspruchs.[2]

Das gilt auch für den Bereich der VO 165. Danach kann zwar der Inhalt des Rechtsverhältnisses festgestellt werden, während der Kläger nach dem BVerwGG, VGG und Rh.-Pf. VGG lediglich das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehren kann. Die VVO weichen jedoch sachlich nicht voneinander ab. Die Frage, ob ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht, kann der Verwaltungsrichter nur beantworten, wenn er den Inhalt der öffentlich-rechtlichen Beziehungen untersucht.[3]

VI.
Das gegenwärtige Rechtsverhältnis

Die VVO verlangen als Prozeßvoraussetzung "das Bestehen oder Nichtbestehen" eines öffentlichen Rechtsverhältnisses.

---

1) Vgl. Bergmann, Feststellungsklage, S.89; Menger,System,S. 236;
2) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S.192; Klinger, Kommentar, § 52 Anm. B 2; Menger,System, S.236; Schunck-de Clerck, Kommentar, § 24 Anm. 2 a; Ule, Kommentar, § 16 Anm. 2 b; BGH NJW 1957 S. 21; BAG vom 6.Oktober 1955, AP Nr. 3 zu § 256 ZPO:"Daß ein Rechtsverhaltnis als Vorfrage für ein künftiges Beschlußverfahren von Bedeutung ist, rechtfertigt nicht das Rechtsschutzinteresse für eine Klage auf Feststellung dieses Rechtsverhältnisses im Urteilsverfahren."
3) Vgl. Menger, System, S.235;

Sie lassen mit der Präsensform erkennen, daß sie zwischen vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Rechtsverhältnissen unterscheiden, um nur die gegenwärtigen Rechtsverhaltnisse der verwaltungsgerichtlichen Prüfung zugänglich zu machen.

Das ist herrschende Meinung.[1)]

Ihr ist aus rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Gründen zuzustimmen.

Ein Rechtsverhältnis ist nur dann justiziabel, wenn es sich konkretisiert hat. Das ist aber lediglich bei einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis der Fall. Ein Sachverhalt, der erst in Zukunft Rechtsbeziehungen auslösen kann, hat noch keine konkreten Formen angenommen.[2)]

Die Begrenzung auf gegenwärtige Rechtsverhältnisse ist sinnvoll, um die Gerichte nicht mit unnötigen Klagen zu überhäufen, sowie um die Entscheidungsfreudigkeit und Beweglichkeit der Verwaltung nicht zu hemmen.

VII.
Die Formen des Rechtsverhältnisses

Für die vorbeugende Feststellungsklage kommen - neben dem gegenwärtigen Rechtsverhältnis - folgende Formen in Betracht:

1) Das ursprüngliche öffentliche Rechtsverhältnis: Es ist nach Walter Jellinek[3)] ein Rechtsverhältnis, "kraft dessen Verwaltungsakte vorgenommen werden sollen oder können."

---

1) Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 24 Anm.I 1a führen aus: "Ein Sachverhalt, der erst in der Zukunft Rechtsbeziehungen hervorrufen kann, genügt nicht."Vgl. ferner Klinger, Kommentar, § 52 Anm. B 2; Menger, System, S.236; Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 44 III e, S.202;
2) Vgl. Fenge, Feststellungsklage, S. 85; Richard Naumann, Gedächtnischrift, S.406;
3) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S.49 ff; vgl. v. Turegg, Verwaltungsrecht, S.73;

2) Das abgeleitete öffentliche Rechtsverhältnis: Es liegt nach Walter Jellinek[1] vor, wenn bestimmte Zusammenhänge mit dem ursprünglichen öffentlichen Rechtsverhaltnis gegeben sind. Die Verbindung sei durch Einheitlichkeit, Umkehrung oder Abwicklung gegeben.

3) Das öffentliche Rechtsverhaltnis ist nur dann Streitgegenstand des Verwaltungsprozesses, wenn es ein Verwaltungsrechtsverhältnis ist. Es muß für diese Streitsache der Gerichtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten eröffnet sein.[2]

4) Dieses Verwaltungsrechtsverhaltnis kann ein Gesamtrechtsverhältnis sein, wenn es zahlreiche einzelne Rechte und Pflichten umfaßt, z.B. das Beamtenverhältnis. Es kann auch ein Einzelrechtsverhaltnis sein. In diesem Fall enthalt es die aus einem Gesamtrechtsverhaltnis herausgelösten gegenseitigen Rechte und Pflichten.

5) Das Fortsetzungsrechtsverhältnis: Das ist nach dem OVG Hamburg[3] ein Rechtsverhaltnis, bei dem die Aktualisierung nur immer wieder einmal unterbrochen wird. Wechselnd ruhe es und lebe wieder auf. Es durchlaufe verschiedene Stadien, verändere seine jeweilige Zuständigkeit, sei aber mehr als ein bloßer Zustand, der nichts als die Möglichkeit künftiger Rechtsverhaltnisse enthalte. Wenn im gegenwärtigen Stadium der Beziehungen zwischen den Parteien von "Möglichkeit" statt von "Wirklichkeit" gesprochen werden könne, dann nicht im Hinblick auf die Entstehung eines Rechtsverhältnisses, sondern auf die Verletzung von Pflichten, die sich später mit Gewißheit ergeben würden. Es han-

---

1) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S.50;
2) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Nachtrag 1950 S.24;
3) OVG Hamburg vom 16.Juni 1954, Bf. II 306/53; mitgeteilt von Redding, Rechtsverhältnis, DÖV 1956 S.388 ff;

dele sich also dabei um einen durch vollzogene und angekündigte Eingriffe konkretisierten Zustand. Dieses Fortsetzungsrechtsverhältnis lag z.B. in dem Postfall (daß die Polizei nicht berechtigt sei, für den Polizeischutz bei regelmäßig wiederkehrenden Geldtransporten Gebühren zu berechnen)[1] oder in dem Propsteifall (daß die Stadt Hamburg verpflichtet sei, die Propstei vor neuen Baugenehmigungen zu hören)[2] vor.[3]

Dieser Begriffsbestimmung ist zuzustimmen. Sie bringt für den Kläger eine wesentliche Vereinfachung. Er trägt nicht für jeden der zahlreichen Fälle die Beweislast, daß ein konkretes Rechtsverhaltnis vorliegt.[4]

6) Der Kläger kann ferner bedingte oder betagte Rechtsverhältnisse vorbeugend feststellen lassen, wenn die rechtsbegründenden Tatsachen bereits hinreichend konkretisiert vorliegen.[5]

7) Das konkrete[6] Rechtsverhaltnis: Den Gegensatz bildet das abstrakte Rechtsverhältnis. Es enthält lediglich potentielle rechtliche Beziehungen zwischen Rechtssubjekten untereinander oder zwischen Rechtssubjekten und Rechtsobjekten. Es ist der abstrakte Tatbestand einer Rechtsnorm. An gedachte Lebensverhaltnisse knüpfen sich mögliche Rechtsfolgen. Erst der von der Norm vorausgesetzte, aktualisierte Tatbestand verwandelt das abstrakte Rechtsverhaltnis in ein konkretes rechtliches Verhältnis.

---

1) Vgl. S.4 dieser Abhandlung;
2) Vgl. S.4 dieser Abhandlung;
3) Vgl. auch BVerwG vom 12.April 1956, DÖV 1957 S.426. Es hat mit diesem Urteil die Revision der Stadt Hamburg in dem Propsteifall zurückgewiesen und damit die Auffassung des OVG Hamburg bestätigt.
4) So auch zutreffend Bergmann, Feststellungsklage, S. 89; aA Redding, Rechtsverhaltnis, DÖV 1956 S.388 ff;
5) In allen diesen Fällen muß der Kläger daneben noch ein besonderes Feststellungsinteresse darlegen. Vgl. auch Rosenberg, Zivilprozeßordnung, § 86 II, S.388 ff;
6) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.473; Klinger, Kommentar, § 52 Anm. B 2; van de Sandt, Kommentar, § 52 Anm. 2; Ule, Kommentar, § 16 Anm. I 2 b; v.Werder-Labs-Ortmann, Kommentar, § 52 Anm. II;

Für die vorbeugende Feststellungsklage kommt es entscheidend darauf an, wann die Konkretisierung erfolgt. Denn sie ist nur zulässig, wenn ein konkretes Rechtsverhältnis vorliegt. Das hat seinen Grund darin, daß die Verwaltungsgerichte nicht über abstrakte Rechtslagen, über gedachte Rechtsfragen oder den Inhalt objektiven Rechts ohne konkreten Sachverhalt entscheiden sollen.

Wann also liegt ein konkretes Rechtsverhältnis vor?

Die Antwort gibt uns die Statuslehre, denn Status und abstraktes Rechtsverhältnis sind identisch.

§ 11
Status und Rechtsverhältnis

Walter Jellinek definierte: Rechtszustand sei die Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse, bezogen auf ein Rechtssubjekt. Er sei eine bloße Eigenschaft des Rechtssubjekts. Er gehe dem Rechtsverhältnis voran.[1)]

Trifft das zu?

I.
Der Begriff "Status"

1. Allgemeines

An der Unterscheidung zwischen Rechtsverhältnis und Status ist festzuhalten. Dafür sprechen praktische und dogmatische Gründe.

Der Begriff "Rechtsverhältnis" ist nur dann praktikabel, wenn ihm allein diejenigen rechtlichen Beziehungen zwischen einem Rechtssubjekt und einem anderen Rechtssubjekt oder einem Rechtsobjekt zugeordnet werden, die gegenwärtig bedeutsam sind. Anderenfalls würde der Begriff "Rechtsverhältnis" uferlos ausgedehnt werden, wenn unter ihn alle denkbaren rechtlichen Beziehungen fielen, die vielleicht in mehr oder weniger

---

1) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S.192;

ferner Zukunft einmal wirksam werden könnten. Nur ein scharf umrissener Rechtsbegriff hat Erkenntniswert. Er allein ermöglicht dem Verwaltungsrichter die Rechtsfindung.

Jedes Recht entwickelt sich von der Potentialität zur Aktualität. Die Beziehungen eines Subjektes zu einem anderen Subjekt oder zu einem Objekt können im rechtlichen oder im tatsächlichen Spannungsfeld liegen, je nachdem ob sie rechtlich geordnet sind oder nicht. Zwischen diesen Spannungsfeldern gibt es noch einen dritten Bereich: den Status. Er unterscheidet sich von dem tatsächlichen Spannungsfeld dadurch, daß seine Beziehungen nicht dem Bereich des Seins, sondern des Sollens angehören. Von dem rechtlichen Spannungsfeld grenzt er sich dadurch ab, daß seine Beziehungen nur potentiell, nicht aber aktuell vorhanden sind.

2. Der Inhalt des Status

Der Status ist das Vorfeld des rechtlichen Spannungsbezirks. Er ist nicht rechtlich isoliert. Seine Beziehungen zu dem aktuellen rechtlichen Lebensbereich sind aber nur allgemeiner Natur. Er ist "die Fähigkeit eines Rechtssubjekts, Träger von Rechten und Pflichten zu werden"[1] oder "die Möglichkeit künftiger Rechtsverhältnisse, bezogen auf ein Rechtssubjekt"[2] oder um Walter Jellineks[3] anschauliche Formulierung zu gebrauchen, "die Quelle künftiger Rechte und Pflichten."

Umgekehrt ist der Status nicht das Sammelbecken aller möglichen künftigen Rechte und Pflichten. Vielmehr ist er nur das Vorstadium solcher künftiger Rechte und Pflichten, die im Falle ihrer Aktualisierung konkrete Rechtsverhältnisse

---

1) So Kormann, System, S. 105;
2) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 192;
3) Walter Jellinek, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948 S.272;

begründen. Von einem Rechtsverhältnis kann man aber nur dann sprechen, wenn Rechte und Pflichten in Wechselbeziehung stehen. Dem Recht auf der einen Seite muß eine Pflicht auf der anderen Seite entsprechen. Das ist nicht bei allen Rechten der Fall. Wie schon Somlo[1] zutreffend betont hat, sind Anspruch und Pflicht nicht einfach verschiedene Seiten ein und derselben Sache. Es könne wohl, so führt er aus, niemals einen Anspruch ohne Pflicht, wohl aber Pflichten ohne Anspruch geben. Der Rechtsanspruch sei allerdings immer nur die Kehrseite einer Rechtspflicht, aber die Rechtspflicht lasse sich nicht als Kehrseite des Rechtsanspruchs definieren; dem Anspruch müsse eine Pflicht entsprechen, aber der Pflicht brauche kein Anspruch zu entsprechen.

Solche Rechte, welche die Pflicht zu einem öffentlichen Handeln begründen, ohne einen Anspruch zu gewähren, werden als Reflexrechte bezeichnet. Sie stehen im Gegensatz zu den subjektiv-öffentlichen Rechten, die echte Ansprüche auslösen und damit konkrete Rechtsverhaltnisse schaffen können.

Da das Reflexrecht kein konkretes Rechtsverhältnis zu begründen vermag, kann auch das potentielle Reflexrecht nicht dem Begriff "Status" zugeordnet werden.

Diese theoretische Unterscheidung kann in der Praxis sehr schwierig sein, denn das subjektiv-öffentliche Recht und das Reflexrecht unterscheiden sich äußerlich nicht. Schweigt der Gesetzgeber, so fordert Bachof[2], müsse durch sorgfältige Gesetzesauslegung für jedes Rechtsverhältnis besonders ermittelt werden, ob subjektive Rechte gewährt würden oder nicht.

3.Gesetzliche Regelung

Der nach Ausscheiden der potentiellen Reflexrechte verblei-

---

1) Somlo, Juristische Grundlehre , S.444;
2) Bachof, Vornahmeklage, S.64; vgl. auch Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 19 ff; Georg Jellinek, System, S. 67 - 81;

bende Statusbegriff ist mehrschichtig. Schon Kormann[1] trennte die "Angehörigkeiten" von dem Status und ordnete sie dem Begriff "Rechtsverhältnis" unter. Die frühere Rechtsprechung ist den gleichen Weg gegangen und hat in zahlreichen Fällen den Status wie ein subjektiv-öffentliches Recht behandelt.[2] Diese Entwicklung hat § 23 Satz 2 VGG fortgesetzt, indem er die Zugehörigkeit zu einem öffentlichen Verbande und die persönliche Rechtsstellung einem Recht gleichsetzt. Das gleiche gilt für das BVerwGG, das Rh.-Pf. VGG und die VO 165.[3]

II.

Die Formen des Status

Die bisherige Umschreibung des Begriffes "Status" genügt, um im Gleichordnungsverhältnis Status und Rechtsverhältnis abgrenzen zu können. Der Statusbegriff ist aber für das Subordinationsverhältnis noch weiter zu differenzieren.

Die Lehre unterscheidet im Anschluß an Georg Jellinek

---

1) Kormann, System, S. 105;
2) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S. 80;
3) Der Gedanke des § 23 Satz 2 VGG hat zwar keine entsprechende Regelung in der VO 165 gefunden. Gleichwohl kann auch in dem Bereich dieser VVO auf Feststellung der Zugehörigkeit zu einem öffentlichen Verbande oder auf eine bestimmte persönliche Rechtsstellung geklagt werden. Da das VGG den Kreis der subjektiv-öffentlichen Rechte nicht erweiterte, sondern mit § 23 Satz nur strittige Rechtsfragen klarstellen wollte, hält Walter Jellinek, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, DRZ 1948 S. 472, das Schweigen der VO 165 nicht für ein beredtes Schweigen. Daher ist auch in dem Schweigen der VO 165 kein gewolltes Abweichen von der Regelung des VGG zu sehen. Diese Auffassung vertreten auch die Verwaltungsgerichte. Zulässig hielten das OVG Hamburg vom 7.Oktober 1950, DÖV 1952 S.28 eine Klage auf Feststellung der Rechtsstellung eines wiederverwendeten Beamten und das OVG Münster vom 23.November 1949 DVBl. 1950 S.403 ff, eine Klage auf Feststellungder Zugehörigkeit zur Stadtvertretung. Vgl. auch Fenge, Feststellungsklage, S. 74; v.Werder-Labs-Ortmann, Kommentar, § 52 Anm. II; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 298; Bachof, Vornahmeklage, S. 80;

den status negativus, positivus und activus.[1]

1. Der status negativus

Der negative Status ist die individuelle Freiheitssphäre. Er bestimmt den Bereich, in den der Staat nicht oder nur unter gesetzlich genau umrissenen Voraussetzungen eindringen darf. Er ist die staatsfreie Sphäre. Der status negativus und die Herrschaft des Staates bedingen einander. Vergrößert sich der Status, so verringert sich die Macht des Staates und umgekehrt, beschränkt sich der Umfang des negativen Status, so dehnt sich die Herrschaft des Staates aus.[2]

Das GG, sonstige Gesetze und Verordnungen sowie rechtsbegründende Verwaltungsakte geben dem Status den Inhalt. Die Grundrechte schützen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die Gleichheit vor dem Gesetz, die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, das Recht der freien Meinungsäußerung, die Ehe, das Schulwesen, die Versammlungs- und Vereinsfreiheit, das Brief- und Postgeheimnis, die Freizügigkeit, die Freiheit der Berufswahl, die Unverletzlichkeit der Wohnung, Eigentum und Erbrecht, sowie die deutsche Staatsangehörigkeit.[3] Die Verfassungen der Länder und die sonstigen Gesetze erweitern den Inhalt des negativen Status. Schreibt z.B. ein Gesetz vor, daß nur bestimmte Behörden in Freiheit und Eigentum eingreifen dürfen, dann wird auf diese Weise die individuelle Freiheitssphäre - wenn auch nur sehr unvollkommen - negativ geschützt: denn alle anderen Behörden sind nicht zu Eingriffen ermächtigt. Erläßt eine unzuständige Behörde dennoch einen Verwaltungsakt, dann ist dieser Akt aufhebbar, in besonderen Fällen nichtig.[4] Die rechtsbegründenden Verwaltungsakte vergrößern gleichfalls die Freiheitssphäre: durch Erlaubnisse, welche ein Dürfen, durch Verleihungen, welche ein Können

---

1) Hans Julius Wolff und Menger haben in jüngerer Zeit auf den Statusbegriff zurückgegriffen; vgl. dazu Menger, System, S.118;
2) Vgl. Georg Jellinek, System, S.86, 87;
3) Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit;
4) Vgl. dazu im einzelnen Forsthoff, Lehrbuch, S.196 ff;

gewähren[1]. Erlaubnisse, Genehmigungen, Konzessionen und Qualifikationen (z. B. der Apotheker, Ärzte, Lotsen, Hebammen) beseitigen die generelle Beschränkung der individuellen Freiheit im Einzelfall und begründen für den Begünstigten einen privilegierten status negativus.

Der Staat muß diese Freiheitsrechte innerhalb der gesetzlichen Schranken anerkennen. Er darf in diesen Bereich nicht mit gebietenden oder verbietenden Verwaltungsakten oder schlichtem Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge eingreifen. Dieser Bereich muß für den Staat rechtlich irrelevant bleiben. Der Staat darf z. B. nicht in die religiöse Überzeugung oder das politische Bekenntnis eingreifen.

Georg Jellinek entwickelt für diese staatsfreie Sphäre eine umfassende Formel: "Das Individuum soll vom Staate zu keiner gesetzwidrigen Leistung herangezogen werden und hat demnach einen auf Anerkennung seiner Freiheit beruhenden Anspruch auf Unterlassung und Aufhebung der diese Norm überschreitenden obrigkeitlichen Befehle. Alle Freiheit ist einfach Freiheit vom gesetzwidrigen Zwange."[2] [3]

2. Der status positivus

Der positive Status gewährt dem Einzelnen einen potentiellen Anspruch auf positive staatliche Leistungen. Der Staat ist rechtlich potentiell verpflichtet, im Einzelinteresse tätig zu werden.

Georg Jellinek unterscheidet drei Hauptansprüche: 1. den Rechtsschutzanspruch als die rechtlich gewährte Fähigkeit, Normen des öffentlichen Rechts in individuellem Interesse in Bewegung zu setzen[4], 2. den Anspruch auf Interessenbefriedigung durch staatliche Verwaltungstätigkeit. Die Ver-

1) Vgl. Georg Jellinek, System, S. 109;
2) Georg Jellinek, System, S. 103;
3) Auf dieses Zitat haben sich in neuerer Zeit Bachof, Vornahmeklage, S. 129 und Richard Naumann, Gedächtnisschrift S. 398 berufen;
4) Vgl. Georg Jellinek, System, S. 124 ff (127);

waltung sei in einer großen Zahl von Fällen verpflichtet, im individuellen Interesse Akte vorzunehmen, derart, daß dem Individuum vom Staate selbst ein Anspruch auf sie zugebilligt werde. Er werde namentlich dann zu statuieren sein, wenn die Vornahme eines Verwaltungsaktes abhängig gemacht werde von der Erhebung des Anspruches selbst. In solchen Fällen werde die Verwaltung erst tätig, wenn ein individuelles Begehren sie in Bewegung setze. Der Anspruch auf Ausstellung öffentlicher Urkunden, auf Entlassung aus dem Staatsverbande nach erfüllter Wehrpflicht, auf Zulassung zum Besuche höherer Lehranstalten, auf Ablegung von Prüfungen, auf Erteilung von Konsensen und Konzessionen seien als Beispiele hierfür genannt. In dem Anspruch auf den betreffenden Verwaltungsakt erschöpfe sich sein ganzer rechtlicher Inhalt[1]. 3. den Interessenberücksichtigungsanspruch. Die faktischen Interessen könnten bestehen in der Herbeiführung oder Unterlassung staatlicher Verwaltungsakte zugunsten einer oder mehrerer Personen, in der Änderung existierender oder der Einführung neuer staatlicher Institutionen. Auch zu ihrer Geltendmachung sei ein unmittelbar aus der Persönlichkeit entspringender Anspruch gegeben.[2]

Die potentiellen positiven Ansprüche sind ebenso wichtig wie Freiheit und Eigentum. Der Einzelne kann ohne die Leistungen der staatlichen Daseinsvorsorge (z. B. Gas, Wasser, Elektrizität, Verkehrsmittel)[3] nicht mehr leben. Der positive Status umfaßt ferner die möglichen Ansprüche auf Unterstützung im Krankheitsfall, auf Fürsorge, auf Lastenausgleich, auf Rente als Schwerkriegsbeschädigter nach dem Bundesversorgungsgesetz, der verdrängten Beamten auf Wiederverwendung, der Spätheimkehrer auf Kriegsgefangenenentschädigung. Hier ist der Bereich der Leistungsverwaltung. Das adaequate Rechtsschutzmittel ist die Vornahmeklage. Darüber

1) Vgl. Georg Jellinek, System, S. 128, 129;
2) Vgl. ders. aaO S. 130;
3) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 117;

hinaus sind positive Leistungsklagen äußerst selten.[1] Die vorbeugende Feststellungsklage könnte höchstens an die Stelle der positiven Leistungsklage treten. Auch sie wird daher sehr selten sein,[2] wenn sie überhaupt möglich ist.

3. Der status activus

Georg Jellinek unterscheidet weiter einen status activus: der Beteiligung des Einzelnen an der staatlichen Willensbildung. Hierzu gehört im wesentlichen das aktive und passive Wahlrecht.[3] Dieser Status löst sich im Falle der Konkretisierung in negative und positive Ansprüche auf. Droht z.B. der Staat einem Bürger, ihn an der Ausübung der Wahl zu hindern, so hat der Betroffene einen aktualisierten (negativen) Unterlassungsanspruch. Oder trifft der Staat Anstalten, einen Bürger nicht in die Wahlliste aufzunehmen, so kann der Bedrohte einen (positiven) Leistungsanspruch geltend machen.

4. Das Ergebnis

Der status negativus ist das Korrelat zur Eingriffsverwaltung. Er enthält potentielle Unterlassungsansprüche. Als mögliches Rechtsschutzmittel kann die negative vorbeugende Feststellungsklage in Betracht kommen.

Der status activus ist der korrespondierende Bereich zur Leistungsverwaltung. Er besitzt potentielle Leistungsansprüche. Die positive vorbeugende Feststellungsklage wäre als möglicher Rechtsbehelf denkbar.

Den Ausgangspunkt bilden also bei dem negativen Status die liberalen, bei dem positiven Status die sozialen Rechte. Abwehr- und Angriffsrechte schränken die Handlungsfreiheit des Staates ein. Noch sind sie aber latent vorhanden.

---

1) Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung, Bundestagsdrucksache Nr.55,3. Wahlperiode, S.32;
2) Wegen der Frage der Subsidiarität vgl. S. dieser Abhandlung;
3) Vgl. Georg Jellinek, System, S.136 - 193;

III.

Die Umgestaltung des Status

Es ist streitig, wann sich der Status in ein konkretes Rechtsverhältnis umwandelt. Fenge[1] behauptet, der allgemeine Rechtszustand werde dadurch zu einem konkreten Rechtsverhaltnis umgestaltet, daß sich die Behörde mit dem Fall irgendwie befasse. Demgegenüber erklart Richard Naumann,[2] es sei ausreichend, aber auch erforderlich, daß der vom Gesetz vorausgesetzte konkrete Tatbestand im Verhaltnis vom Staat zu einem bestimmten Staatsbürger erfüllt sei. Die Konkretisierung sei es, welche die Behörde dazu veranlasse, zwar noch keinen Verwaltungsakt zu erlassen, - wozu sie nach ihrer Auffassung ebenfalls befugt sei - aber doch eine Warnung, eine Vermahnung oder auch nur die Kundgabe, sie werde mit den geeignet erscheinenden Mitteln nun, nachdem sich ein bestimmtes Rechtsverhaltnis konkretisiert habe, gegen den Staatsbürger vorgehen.

Bergmann[3] dagegen lehnt Fenges Auffassung als unklar und Richard Naumanns Ansicht als viel zu weitgehend ab. Sodann entwickelt er seine eigene Meinung, indem er die Grenze zwischen Rechtsverhältnis und Rechtszustand zugunsten des Begriffes "Rechtsverhaltnis" verschieben will. Er unterscheidet im Anschluß an Huber[4] zwischen förmlicher und formloser Konkretisierung und führt aus: Die unter Beachtung einer gewissen äußeren Form erfolgende sog. förmliche Konkretisierung könne außer durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes auch durch Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages und durch eine nicht mittels Verwaltungsaktes erfolgende Einordnung in ein Anstalts-, Dienst- oder Verbandsverhaltnis vollzogen werden. Auf formlose Weise könne sich der nicht feststellungsfahige Rechtszustand zu einem der Feststellungsklage zuganglichen

---

1) Fenge, Feststellungsklage, S. 79;
2) Richard Naumann, Gedachtnisschrift, S. 400;
3) Bergmann, Feststellungsklage, S. 72, 74, 77 a, 78; Probleme bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage, DÖV 1959 S.570 ff;
4) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 619 ff;

konkreten Rechtsverhaltnis in dem Augenblick verdichten, in dem die Behörde auf ernstliche Weise ein nach außen hin erkennbar werdendes Verhalten zeige, aus dem der Klager bei objektiver Betrachtung auf eine in nächster Zukunft zu erwartende erhebliche Beeintrachtigung seiner Rechtssphäre oder Beeintrachtigung des Bereiches seiner berechtigten Interessen schließen müsse. Erforderlich sei, daß die Behörde nach außen hin deutlich zu erkennen gebe, sie werde die ihr zustehenden Rechte dem Feststellungskläger gegenüber ausüben, bzw. sie werde sich über die vom Klager für sich in Anspruch genommenen Rechte hinwegsetzen.

Bei der Umgestaltung des Status in ein konkretes Rechtsverhältnis sind sechs Fälle zu unterscheiden: die positive und die negative vorbeugende Feststellungsklage im Gleichordnungs-, im Subordinations- und im Grenzbereich.

Im Gleichordnungsverhaltnis ist bei der positiven vorbeugenden Feststellungsklage die Umwandlung unproblematisch: Der potentielle Anspruch kann nur auf Gesetz oder öffentlich-rechtlichem Vertrag beruhen. Gesetz oder öffentlich-rechtlicher Vertrag schreiben ausdrücklich oder druch Auslegung zu ermitteln vor, ob, wann und in welcher Weise der Begünstigte die positive Leistung verlangen kann. Erfüllt ein bestimmter Sachverhalt die gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen, dann aktualisieren sich die potentiellen Rechtsbeziehungen zu einem konkreten Rechtsverhaltnis. Dabei weist der öffentlich-rechtliche Vertrag eine Besonderheit auf: mit Vertragsschluß entsteht zwischen den Parteien ein konkretes umfassendes öffentliches Rechtsverhaltnis. Wenn sich die vertraglichen Voraussetzungen für die einzelnen Ansprüche erfüllen, dann entstehen weitere engere konkrete Rechtsverhältnisse.

Die negative vorbeugende Feststellungsklage im Gleichordnungsverhaltnis will implizite gesetz- oder vertragswidrige

Ansprüche abwehren. Für diese Fallgruppe hat schon Bühler[1] formuliert:"Unterlassungsrechte, die eine Abwehr bezwecken, kommen nur dann zur Entstehung, wenn eine Abwehr nötig ist, d.h. wenn ein Angriff erfolgt ist oder droht." Es entsteht z.B. dann ein konkretes Rechtsverhältnis, wenn das Gesundheitsamt der Heilgymnastin droht, Strafanzeige zu erstatten.

Im Subordinationsverhältnis bildet sich bei der positiven vorbeugenden Feststellungsklage immer erst dann ein konkretes Rechtsverhältnis, wenn der Staatsbürger oder der sonstige Berechtigte beim Staat die positive Leistung beantragt. Es liegt also stets bei dem Einzelnen, ob zwischen ihm und dem Staat ein allgemeiner Rechtszustand oder ein konkretes Rechtsverhältnis mit positiven Leistungsansprüchen besteht. Z.B. das Recht auf Lastenausgleich aktualisiert sich erst in dem Augenblick, wenn der Staatsbürger bei der zuständigen Behörde einen entsprechenden Antrag stellt.

Bei der negativen vorbeugenden Feststellungsklage im Subordinationsverhältnis ist Richard Naumann im wesentlichen zuzustimmen. Wenn z.B. der Kabarettbesitzer gelegentliches Tanzen duldet, so entsteht von selbst ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen ihm un d dem Staat.[2] Oder wenn die Heilsarmee in Wirtschaften und Hotels der Stadt Bremen Zeitschriften ohne Legitimationsschein verkauft, entsteht zwischen ihr und dem Bremer Stadtstaat ein konkretes öffentliches Rechtsverhältnis.[3] Es ist nicht erforderlich, daß der Staat von diesen Handlungen Kenntnis erlangt. Hier liegt es ebenso wie bei der negativen vorbeugenden Feststellungsklage im Gleichordnungsverhaltnis: Wenn der Eingriff droht, aktualisiert sich der Abwehranspruch zu einem konkreten Rechtsver-

---

1) Bühler, Die subjektiv-öffentlichen Rechte, S. 65;
2) Vgl. S.50 dieser Abhandlung;
3) Vgl. S.54 dieser Abhandlung;

hältnis. Der Eingriff droht aber, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes erfüllt sind. Befaßt sich der Staat mit dem Fall, so ist das ein Indiz dafür, daß der Staatsbürger den konkreten Tatbestand verwirklicht hat[1], und zugleich weitere Konkretisierung. Es muß also in der Regel ein konkreter Sachverhalt vorliegen, aus dem der Staat und der Gewaltunterworfene entgegengesetzte Rechtsfolgen ableiten: der Staat behauptet das Bestehen, der Staatsbürger das Nichtbestehen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses. Nur der Streit über die Rechtsfolgen ist ein Rechtsstreit und nur er ist verwaltungsgerichtlich justiziabel. Der Sachverhalt ist dabei die materiale Grundlage des Prozesses. Im Interesse eines frühzeitigen Rechtsschutzes wird man fordern müssen, daß ein Sachverhalt schon dann als konkret angesehen wird, wenn sich die Tatbestandsseite des öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes im wesentlichen abzuzeichnen beginnt oder - bei zusammengesetzten Tatbeständen - der wichtigste Teil zu verwirklichen droht.

Bergmanns[2] Unterscheidung zwischen förmlicher und formloser Konkretisierung ist zwar im wesentlichen zuzustimmen. Gegenüber drohenden Verwaltungsakten kann aber nur die formlose Konkretisierung in Betracht kommen. Für sie ist entscheidend, ob sich ein bestimmter Sachverhalt aktualisiert hat. Diese Aktualisierung kann durch Handlungen des Staates, des Gewaltunterworfenen, eines Dritten oder durch Naturereignisse eintreten. Über Richard Naumann hinaus wird man folgendes bedenken müssen: Die vorbeugende Feststellungsklage kann als Abwehrklage gegen drohendes gesetzwidriges öffentlich-rechtliches Handeln nur in Form der negativen Feststellungsklage in Betracht kommen. Dieser Klagetyp hat das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses - also ein juristisches Nichts[3] - zum Streitgegenstand. Deswegen muß es auch genügen, daß sich der Staat ernsthaft eines Eingriffsrecht gegen den Gewaltunterworfenen berühmt. Das ist aber im Grunde kein Problem des Rechtsverhältnisses, sondern des Feststellungsinteresses.

1) So auch Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S. 400;
2) Bergmann, Feststellungsklage, S. 77a, 78;
3) Diesen Ausdruck hat Fenge, Feststellungsklage, S. 79 ff geprägt;

Die von Bergmann[1] aufgeworfene Frage, warum Richard Naumann, wenn er den Begriff "Rechtsverhältnis" großzügig interpretiere und das Rechtsschutzinteresse besonders streng prüfe,[2] einen solchen Umweg überhaupt beschreite, beantwortet sich damit von selbst: wegen des juristischen Nichts als Streitgegenstand kann es in erster Linie nur auf das Feststellungsinteresse ankommen. Der Streitgegenstand ist dennoch notwendig um die Rechtskraft des vorbeugenden Feststellungsurteils bestimmen zu können.

Im Grenzbereich entwickelt sich bei der positiven vorbeugenden Feststellungsklage aus dem abstakten Rechtszustand ein konkretes Rechtsverhaltnis, wenn der Leistungsberechtigte mit seiner auf Gesetz, Satzung, Gewohnheitsrecht oder Vertrag beruhenden Forderung an den Staat herantritt. Z.B. das Recht der Propstei auf Beteiligung bei Siedlungsgenehmigungen aktualisiert sich in dem Augenblick, in dem die Propstei bei der Stadt Hamburg einen entsprechenden Antrag stellt.[3]

Endlich konkretisiert sich im Grenzbereich bei der negativen vorbeugenden Feststellungsklage das Rechtsverhältnis, wenn sich der Staat oder der sonstige Hoheitsträger eines Eingriffsrechts berühmt und nicht zu erkennen ist, ob das angedrohte Verhalten ein Verwaltungsakt oder eine schlichte Maßnahme der öffentlichen Daseinsvorsorge sein wird. Z.B. ein konkretes Rechtsverhältnis entsteht, wenn die Polizei der Post droht, bei künftiger Inanspruchnahme der Polizeikräfte für die Sicherung von Geldtransporten Gebührenrechnungen zu schicken.[4]

Im Gleichordnungs-, im Subjektions- und im Grenzbereich setzt demnach die negative vorbeugende Feststellungsklage für die Aktualisierung des Rechtsverhältnisses die ernsthafte Berühmung des Staates oder des sonstigen Hoheitsträgers voraus.

---

1) Bergmann, Feststellungsklage, S.75;
2) Daß Richard Naumann das Feststellungsinteresse besonders streng prüft, kommt in der Gedächtnisschrift nicht zum Ausdruck.
3) Vgl. BVerwG vom 12.April 1956, DÖV 1957 S. 426;
4) Vgl. Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S. 402;

Wann liegt nun die ernsthafte Berühmung vor?

Zwei Grenzen stehen fest: Die vorbeugende Feststellungsklage ist sicher dann noch nicht zulässig, wenn sich die Behörde lediglich intern mit dem Fall befaßt und den Verwaltungsakt oder die schlichte Verwaltungshandlung im inneren behördlichen Geschäftsgang vorbereitet. Andererseits ist die vorbeugende Feststellungsklage nicht mehr möglich, wenn die Behörde den Verwaltungsakt erlassen oder die schlichte Maßnahme der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge getroffen hat.

Im Interesse eines umfassenden vorbeugenden Rechtsschutzes wird man fordern müssen: Die vorbeugende Feststellungsklage muß von dem Augenblick an zulässig sein, wenn sich die Behörde nicht mehr auf die interne Vorbereitung beschränkt, sondern mit der vorbereiteten Maßnahme nach außen an den Betroffenen herantritt und ernsthaft seinen status positivus oder negativus gefährdet. Z.B. wenn die Behörde mit Beschlagnahme, mit Strafanzeige oder polizeilichen Zwangsmaßnahmen, mit Konzessionsentzug oder mit künftigen Gebührenrechnungen droht, muß der Betroffene eine vorbeugende Feststellungsklage erheben können. Damit bestimmt das Feststellungsinteresse, wann sich der Status zu einem Rechtsverhältnis konkretisiert.[1]

1) Zutreffend weist Bergmann, Probleme, DÖV 1959 S.573, auf die Gefahren für eine zu weite Ausdehnung des Begriffes "konkretes Rechtsverhältnis" hin, wenn er ausführt:"Die Gefahr (der Übertreibung des Rechtsschutzes) besteht vielmehr darin, daß die aktive Verwaltung aus den verschiedensten Gründen durch erkennbares Hinauszögern ihrer Maßnahmen geneigt sein könnte, die Entscheidung vieler Fälle den Verwaltungsgerichten zuzuschieben. Auf diese Weise würde die eigentlich der aktiven Verwaltung zukommende Verantwortung und Verpflichtung zum Handeln den Gerichten aufgebürdet und diese würden mit Verfahren belastet, die sonst gar nicht zur gerichtlichen Entscheidung gekommen wären. Es kann aber nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte sein, den Verwaltungsbehörden vor ihrer eigenen Entscheidung eine rechtlich verbindliche Klärung zweifelhafter Rechtsfragen und Rechtsfälle zukommen zu lassen. Wenn ersichtlich ist, daß die Behörde dem Bürger durch bloße Androhung des Erlasses eines Verwaltungsaktes oder durch Inaussichtstellung von Strafanzeigen oder ähnlichen Maßnahme die Erhebung der Feststellungsklage zuschieben will,.. muß die Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen werden."

Teil 2

Das Rechtsschutzbedürfnis

§ 12

Das Feststellungsinteresse

I.

Die Rechtsnatur

Die vorbeugende Feststellungsklage ist nach dem fast übereinstimmenden Wortlaut der VVO zulässig, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse daran hat, daß die Feststellung durch verwaltungsgerichtliche Entscheidung alsbald getroffen werde.[1)]

Dieses Feststellungsinteresse gehört weder zum Klagegrund,[2)] noch hat es eine materiell-rechtliche und prozessuale Doppelnatur.[3)] Es ist Prozeß- oder Zulässigkeitsvoraussetzung[4)] und damit eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Rechtsschutzinteresses. Der Verwaltungsrichter muß daher in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen prüfen, ob der Kläger

---

1) Der geringe Unterschied in den Wortlauten der einzelnen VVO ist ohne Bedeutung; vgl. dazu Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S. 364 ff;
2) So aber Wach, Feststellungsanspruch, S.25;
3) So Albrecht,Rechtsnatur der Feststellungsklage, S.22 unten und S.23 oben:"Das rechtliche Interesse ist weder einseitig formelles noch einseitig materielles Erfordernis der Klage; es steht vielmehr auf der Grenze zwischen materiellen Recht und Prozeßrecht; es ist sowohl Prozeßvoraussetzung des formellen Klagerechts, wie Bestandteil des Klagegrundes und damit Voraussetzung für das materielle Klagerecht." Er weist S.22 Anm.57 darauf hin, daß das Feststellungsinteresse einerseits Voraussetzung der Feststellungsklage überhaupt, andererseits Voraussetzung des günstigen Urteils ist.
4) Vgl. Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, S.51 ff;

ein Feststellungsinteresse hat. Er darf nur durch Sachurteil entscheiden, wenn bei Schluß der letzten mündlichen Verhandlung oder im schriftlichen Verfahren bei der zu unterstellenden mündlichen Verhandlung das Feststellungsinteresse gegeben ist.[1] Anderenfalls muß er die Klage durch Prozeßurteil abweisen.[2]

Der Kläger hat lediglich unter folgenden vier Voraussetzungen ein Feststellungsinteresse:

1) Er ist durch eine tatsächliche Ungewißheit rechtlich gefährdet.
2) Er hat ein berechtigtes Interesse.
3) Er ist an alsbaldiger Feststellungs interessiert.
4) Er hat keinen einfacheren Weg, um sein Klagebegehren durchzusetzen.

---

1) Vgl. Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 44 III, S. 204;
2) Vgl. Rosenberg, Zivilprozeß, § 86 II 4, S. 394;
3) Vgl. Menger, System, S. 245;

II.

Die tatsächliche Ungewißheit.

Der Begriff "tatsächliche Ungewißheit" ist weit auszulegen.[1] Die Rechtsstellung des Klägers ist tatsächlich ungewiß, wenn der Beklagte subjektiv-öffentliche Rechte des Klägers verletzt oder gefährdet hat. Die tatsächliche Ungewißheit besteht aber schon dann, wenn der Beklagte lediglich Interessen des Klägers gefährdet. Die bloße Möglichkeit einer Gefährdung genügt nicht.[2] Die Interessengefährdung muß objektiv vorliegen: sie muß für einen unbefangenen Beobachter den Schluß auf eine schutzwürdige Unsicherheit des Klägers im Verhältnis zum Beklagten zulassen. Diese objektive Interessengefährdung muß das Rechtsverhältnis berühren, dessen Bestehen oder Nichtbestehen der Kläger festzustellen begehrt. Die tatsächliche Ungewißheit braucht nicht vom Beklagten auszugehen. Es genügt, wenn ein Dritter sie verursacht.[3]

Die tatsächliche Ungewißheit ist bei der positiven vorbeugenden Feststellungsklage gegeben, wenn der Beklagte das Recht des Klägers bezweifelt.

---

1) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, § 256 Anm. 3B: "Als Richtlinie muß ein persönlicher, nicht ein allgemein gültiger Maßstab entscheiden." Vgl. ferner Rosenberg, Zivilprozeß, § 85 II 2, S.391;
2) Vgl. RG Recht 1909 Nr.676;
3) Vgl. dazu im einzelnen: Eyermann-Fröhler, Kommentar, S.94; Fenge, Feststellungsklage, S.108; Klinger, Kommentar, § 52 Anm.C 1a, S.348; Menger, System, S.245; v. Werder-Labs-Ortmann, Kommentar, S.133; OVG Hamburg vom 28.Februar 1950, DVBl. 1950 S.644; vgl. auch Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 44 III 5, S.202; RGZ Bd.170 S.374;

Der Inhaber einer Apotheke kann z.B. vorbeugend auf Feststellung klagen, wenn der Staat seinem Konkurrenten eine Apothekenkonzession erteilen will und den gesetzlich vorgesehenen verfahrensrechtlichen Anspruch des Klägers auf Anhörung und die Vertretung der wirtschaftlichen Interessen durch die ortsansässigen Apotheker zu verletzen droht.[1)]

Bei der negativen vorbeugenden Feststellungsklage - dem Hauptfall der vorbeugenden Rechtsschutzform im Feststellungsverfahren - werden die Interessen des Klägers objektiv gefährdet und eine tatsächliche Ungewißheit hervorgerufen, wenn sich der Beklagte eines Rechts gegen den Kläger ernsthaft berühmt.[2)]

Der Staat teilt z.B. einem Heilpraktiker mit, daß die Errichtung der Zweigniederlassung unzulässig sei und er im Falle des Weiterbetriebes gegen ihn Strafanzeige erstatten werde. Der Heilpraktiker kann dann vorbeugend auf Feststellung klagen, weil sich der Staat eines Rechts- Strafanzeige zu erstatten - gegen ihn berühmt.[3)]

---

1) Das Beispiel ist dem Fall nachgebildet, den das LVG Minden am 13.März 1951, DVBl.1951 S.448, entschieden hat;
2) Vgl. S. 86 dieser Abhandlung;
3) Vgl. BVerwG vom 9.Mai 1957, MDR 1957 S. 503 u.S. dieser Abhandlung; ferner BAG vom 28.Dezember 1956, AP Nr.5 zu § 256 ZPO: "Wenn einem Recht die gegenwärtige Gefahr einer Unsicherheit droht und die rein ideelle Rechtskraftwirkung eines Feststellungsurteils diese Gefahr beseitigen kann, ist ein Feststellungsinteresse gegeben."

III.
Das berechtigte Interesse.

Der Begriff "berechtigtes Interesse"[1] umschreibt einen außerordentlich weiten und unbestimmten Interessenkreis. Diesen positiv allgemein gültig zu formulieren, ist fast unmöglich. Die gelegentlichen Versuche müssen als gescheitert betrachtet werden.[2]

Der Begriff "berechtigtes Interesse" verlangt zweierlei:

1) eine Interessensphäre und
2) die "Berechtigung" der Interessensphäre

Die Interessensphäre umfaßt rechtliche und tatsächliche Interessen. Innerhalb des tatsächlichen Interessenbereiches kommen in Betracht: wirtschaftliche, ideelle, kulturelle, politische, religiöse,[3] kurz: jedes irgendwie geartete Interesse. Ob ein Interesse vorliegt, hängt immer vom einzelnen Fall ab.

---

1) Daß der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnungen den im Zivilprozeß entstandenen Streit, ob unter "rechtlichem Interesse" auch ein wirtschaftliches Interesse zu verstehen sei, im Verwaltungsprozeß vermeiden wollte und deshalb im Gegensatz zu § 256 ZPO den Begriff "berechtigtes Interesse" wählte, um einen weiten Interessenkreis zu umfassen, kann heute als allgemeine Meinung gelten. Die Meinungen von van de Sandt, Kommentar, § 52, Anm.2 und van Husen, Kommentar, § 24, Anm.3, sowie des VGH Hessen vom 12.Januar 1949 DÖV 1949, S.459, die ein rechtliches Interesse fordern, können als überwunden betrachtet werden. Vgl. auch Haueisen, Feststellungsklage, NJW 1952, S.915;
2) Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 24, Anm.I, 1, c; Schunck-de Clerck, Kommentar, § 24, Anm.3;
3) Ule, Kommentar, § 16, Anm.3, S.91 ;

Dieses Interesse ist jedoch nur dann schutzwürdig, wenn es berechtigt ist. Das setzt einmal voraus: das Interesse darf nicht gegen die Rechtsordnung oder die guten Sitten verstoßen.[1] Ferner muß, wie das Verwaltungsgericht Bremen[2] zutreffend formulierte, eine gewisse Nähe zwischen dem Kläger und dem Rechtsverhältnis bestehen. Dadurch werden Popularklagen ausgeschlossen.[3] Es habe, so führte das Verwaltungsgericht Bremen aus, z.B. jeder Bürger ein Interesse an der Schönheit seiner Vaterstadt. Es könne aber nicht jeder Bürger auf Feststellung klagen, daß die Polizei verpflichtet sei, ein entstellendes Firmenschild an einem alten schönen Hause zu entfernen.

Ein berechtigtes Interesse ist dann gegeben, wenn der Beklagte in die schutzwürdige Interessensphäre des Klägers eingreift und dadurch Zweifel an einem Rechtsverhältnis auslöst. Das ist immer dann der Fall, wenn zwischen den Parteien ein ernsthafter Streit über die Rechtsfolgen der Interessenbeeinträchtigung entsteht.[4] Es genügt aber, daß beim Kläger ernsthaft Zweifel entstehen, wie er sich künftig verhalten soll. In diesem Fall braucht der Kläger ein Feststellungsurteil, um künftig seine Beschlüsse fassen zu können. Zutreffend hat daher der VGH Hessen[5] das berechtigte Interesse einer Stadt bejaht: Denn wenn die begehrte Entscheidung die Wegebehörde auch nicht im Sinne der Rechtskraftwirkung binden zu können in der Lage sei, so begründet das Gericht seine Auffassung, erreiche die Klägerin doch einmal eine bindende Feststellung der den Parteien vertraglich zukommenden Pflichten und sei hiernach in der Lage, ihr zukünftiges Verhalten als wesentliche Interessen-

---

1) Vgl. Fenge, Feststellungsklage, S.111;
2) VG Bremen vom 2.November 1925, HansRZ 1925 Sp.955-960;
3) Vgl.Bergmann, Feststellungsklage, S.111;
4) So auch Albrecht Naumann, Feststellungsklage S.384;
5) VGH Hessen vom 7.Juli 1950, DÖV 1950, S.654; Fenge, Feststellungsklage, S.112;

tin an den fraglichen Wegen einzurichten, welches sich rechtlich nicht allein darin erschöpfen müsse, von einer zukünftigen Erstattungsklage abzusehen.

Im übrigen haben die Verwaltungsgerichte in folgenden Fällen ein"berechtigtes Interesse" bejaht:

1) Das Verwaltungsgericht Bremen [1] hat in dem Heilsarmeefall ausgeführt: Der Leiter der Heilsarmee habe ein berechtigtes Interesse an der Feststellung; denn die Leitung der Heilsarmee würde, falls das Recht der Beklagten bestehe, Abgaben usw. auferlegt, ihr Erlös aus den Druckschriften werde durch Versagung der Erlaubnis und durch die Gebühren unmittelbar beeinträchtigt.

2) Das Verwaltungsgericht Bremen [2] hatte in dem Fleetfall das berechtigte Interesse des Klägers bejaht, weil er damit unter Umständen bewirken könne, daß er auch vorläufig nicht in Anspruch genommen werde. So könne er vermeiden, daß er fortlaufend aus dem Gesichtspunkt in Anspruch genommen werde, er sei auf Grund seines Besitzstandes zur vorläufigen Reinigung verpflichtet.

3) Das OVG Hamburg [3] hatte in dem Heilgymnastin - Fall das Feststellungsinteresse als gegeben angesehen, weil der Staat ihre Tätigkeit als verboten, strafbar und polizeiwidrig gekennzeichnet habe. Es könne ihr nicht zugemutet werden, bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage das Risiko strafrechtlicher Verurteilung oder polizeilicher Inanspruchnahme zu laufen.

---

1) VG Bremen vom 2.November 1925 in HansRZ 1925,Sp. 955-960;
2) VG Bremen vom 14.Juni 1926 BremVG Ent.1924-1929,S.52;
3) OVG Hamburg vom 28.Februar 1950,DVBl. 1950,S.644;

Diese Beispiele mögen genügen. Sie zeigen: diesen Entscheidungen liegt, wenn auch bisweilen unausgesprochen, der Gedanke zu Grunde, dem Kläger ein Urteil zu geben, nach dem er sich künftig einrichten kann: der Heilsarmee, ob und wie sie künftig sammeln will, dem Besitzer, ob er jedes Mal damit rechnen muß, zur Fleetreinigung herangezogen zu werden, der Heilgymnastin, ob sie Kurzwellenbestrahlung verabfolgen darf.

Negativ läßt sich aus diesen Beispielen ableiten: Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse, wenn er ohne gerichtliche Entscheidung die Gefährdung seiner Rechtsstellung ernsthaft befürchten müßte.[1] Dabei sollen die Gerichte - worauf Richard Naumann[2] zutreffend hinweist - keine übersteigerten Anforderungen stellen.

---

1) Vgl. Ule, Kommentar, § 16 Anm. 3, S. 91;
2) Richard Naumann, Feststellungsklage, DVBl. 1951 S. 141;

IV.

Das Interesse an alsbaldiger Feststellung.

Der Kläger ist an alsbaldiger Feststellung interessiert, wenn er gegenwärtig oder in nicht zu ferner Zukunft die begründete Besorgnis einer Gefährdung hat.[1] Es reicht nicht aus, daß die Gefährdung erst in einer ungewissen Zukunft eintreten könnte.[2]

Die Gefährdung muß schon bei Klageerhebung und sie muß noch bei der letzten mündlichen Verhandlung drohen.[3] Der Kläger ist schon dann in seiner Rechtsstellung gefährdet, wenn sich der Beklagte ernstlich ein Recht anmaßt und die gegenwärtige Gefahr der tatsächlichen Ausübung des angemaßten Rechts begründet. Die Parteien können aber nicht eine theoretische Feststellung für etwa eintretende Möglichkeiten verlangen.[4] Es muß ein besonderer Anlaß vorliegen, der ein Interesse an der Feststellung begründet. Ein solcher besonderer Anlaß lag in folgenden Fällen vor:

1) Im Heilsarmeefall, weil die Stadt Bremen ihr Recht auf die Legitimationsscheine der Klägerin gegenüber beanspruchte, ihren Antrag auf Entbindung von der Verpflichtung zur Legitimation abgelehnt und sie aufgefordert habe, ein Verzeichnis der Sammler und Sammlerinnen ein-

---

1) Vgl. Rosenberg, Zivilprozeß, § 86 II b, S.392;
2) Albrecht, Rechtsnatur der Feststellungsklage, S.18: "Es... entspricht der prozeßrechtlichen Auffassung der Feststellungsklage, daß der vom Staat gewährte Rechtsschutzanspruch nicht zu einem in nebelhafter Ferne liegenden, rein hypothetischen Zweck benutzt werden darf. Man könnte auch hier wohl als Anhaltspunkt dafür, wenn ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung vorliegt, das Gesetz der Kausalität benutzen, und, unter Zugrundelegung der richtigen Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges sagen, daß immer dann ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung vorliegt, wenn es den Regeln des Lebens entsprechend als gefährlich erscheint, mit der Anstrengung der Klage zu warten ..."
3) Vgl. Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 44 III, S.203;
4) VG Bremen vom 2.November 1925, HansRZ 1925, Sp. 955-960; Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, § 256, Anm. 3E: "Die rein gedachte Möglichkeit späteren Schadens genügt nicht";

zureichen.[1]

2) Als die Polizeibehörde dem Inhaber eines Weinhauses und Kabaretts drohte, ihm die Konzession zu entziehen, wenn er nicht das Tanzen in seinen Räumen verhindere, griff sie in das durch die Konzession begründete subjektiv-öffentliche Recht des Inhabers auf die Gewerbeausübung ein und gefährdete durch die Androhung die rechtliche Stellung des Klägers. Die Möglichkeit, daß die Behörde die Konzession entziehen würde, war damit aus einer fernen ungewissen Zukunft in greifbare Nähe gerückt.[2]

Ein alsbaldiges Feststellungsinteresse liegt dann vor, wenn die Behörde dem Kläger gegenüber ein Recht bestreitet und dieses Bestreiten dadurch unterstützt, daß es gegen den Kläger ein Strafverfahren einleiten läßt. Das Verwaltungsgericht Hamburg hatte daher zutreffend das alsbaldige Feststellungsinteresse der klagenden Oberlehrer bejaht, weil gegen sie ein Strafverfahren schwebte.[3] Es reicht aber hin, wenn die Behörde mit der Strafanzeige droht.[4] Berechtigtes Interesse und alsbaldiges Interesse überschneiden sich hier.[5]

Diese Abgrenzung des Feststellungsinteresses hat tieferen Sinn: Die menschlichen Erkenntnismittel sind beschränkt. Sie können die zukünftige Entwicklung nur höchst unvollkommen beurteilen. Die Zweifel werden umso größer, in je weiterer Zukunft die Gefährdung droht.

---

1) VG Bremen aaO;
2) VG Hamburg vom 24.April 1922, VG Ent.lBd.1, Heft 1,S.7, Nr.2 HansRZ 1923, Sp.388;
3) Vgl.S. 57 dieser Abhandlung;
4) Ebenso Richard Naumann, Gedächtnisschrift S.400 ;
5) Vgl. auch BVerwG vom 9.Mai 1957, MDR 1957,S.503;

V.

Das Subsidiaritätsproblem.

Das Feststellungsinteresse setzt endlich - negativ - voraus, daß der Kläger keinen einfacheren Weg hat,[1] um das Unterlassen der drohenden öffentlich-rechtlichen Handlung zu bewirken. Dieses Ziel will neben der vorbeugenden Feststellungsklage vor allem die Unterlassungsklage erreichen. Deshalb hat der Kläger nur dann ein Feststellungsinteresse, wenn er mit der Unterlassungsklage nicht besser und schneller zum Ziel kommt. Darin kommt der Subsidiaritätsgedanke zum Ausdruck: Die Unterlassungsklage ist Leistungsklage. Sie schließt grundsätzlich die Feststellungsklage[2] aus.

Dieser Grundsatz hat zahlreiche Ausnahmen. Die Praxis hat sich mit Recht auf einen weitherzigen Standpunkt gestellt.[3] Zwei kommen in Betracht:

Wenn der Kläger gegen den Staat oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts klagt, braucht er nur ein Feststellungsinteresse, nicht aber ein Durchsetzungsinteresse zu haben.[4] Es ist anzunehmen, daß der Beklagte sich nach dem Feststellungsurteil richten werde.[5]

Daraus ergibt sich für die vorbeugende Feststellungsklage: Sie ist - anstelle oder neben der Unterlassungsklage - stets zulässig, wenn der Kläger im Subjektionsverhältnis klagt. Denn im Überordnungsverhältnis ist Beklagter immer ein Ho-

---

1) Vgl. Menger, System, S.246;
2) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, Zivilprozeßordnung, § 256 III,5; Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozeßrecht, § 44 III,S.203;
3) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, Zivilprozeßordnung, § 256 Anm. III 5b;
4) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, aaO, § 256 III,5 mit Anm.110-dort zitierte Rechtssprechung; vgl. ferner: Blüher im Jahrbuch des sächs. OVG, Bd.16 (1911),S.1 ff; Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.391 ff;
5) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, Zivilprozeßrecht, § 256,Anm.III 5b;

heitsträger. Daneben ist die vorbeugende Feststellungsklage im Gleichordnungsverhältnis zulässig, wenn der Staat oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts Beklagter ist. Es scheiden also die Fälle aus, in denen eine vorbeugende Feststellungsklage im Gleichordnungsverhältnis gegen eine mit öffentlich-rechtlichen Funktionen betraute Privatperson anhängig gemacht werden soll. Hier müssen andere Merkmale das Verhältnis der vorbeugenden Feststellungsklage zu der Unterlassungsklage regeln.

Das Feststellungsinteresse besteht in dem zweiten Ausnahmefall dann, wenn der Kläger das ganze Rechtsverhältnis feststellen lassen will, obwohl er wegen eines einzelnen Anspruchs bereits eine Unterlassungsklage erheben könnte. Das setzt allerdings voraus, daß die Unterlassungsklage den Streitstoff nicht erschöpft, weil das umfassendere, dem Einzelanspruch zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ebenfalls streitig ist und von der Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils nicht mit erfaßt wird oder weil die Feststellungsklage auf diese Weise eine Häufung von Prozessen vermeidet oder sonst durch prozeßökonomische Erwägungen geboten ist.[1)]

Das Verwaltungsgericht kann das Bestehen oder Nichtbestehen des dem Einzelanspruch meist zu Grunde liegenden umfassenderen Rechtsverhältnisses mit dem Unterlassungsurteil weder bei Stattgeben noch Abweisen der Klage bindend feststellen.[2)]

Ebenso hat der BGH ausgeführt: Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage sei trotz Möglichkeit zur Erhebung einer entsprechenden Leistungsklage dann zu bejahen, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt einer gesunden Prozeßökonomie zu einer sachgemäßen,

---

1) Vgl. Albrecht Naumann, Feststellungsklage, S.70;
2) Vgl. Rosenberg, Zivilprozeß, § 86 II 2b, S.392;

weil einfacheren Erledigung der auftretenden Streitpunkte führe.[1]

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH für eine erbrechtliche Auseinandersetzung die Zulässigkeit einer Feststellungsklage bejaht, wenn eine solche Feststellung der Klärung der für die Auseinandersetzung maßgeblichen Grundlagen diene.[2] Diesen Entscheidungen liege, so führt der BGH in einem dritten Urteil aus, die Erwägung zu Grunde, daß ein an sich schutzwertes Interesse der beklagten Partei, nicht mit überflüssigen Feststellungsprozessen überzogen zu werden, dann nicht angenommen werden könne, wenn die zwischen den Parteien auftretenden Streitpunkte ihrem Inhalt nach einer gerichtlichen Entscheidung bedürfen und das gewählte Feststellungsverfahren im Unterschied zu dem auch möglichen Leistungsprozeß für die gerichtliche Klärung dieser Streitpunkte das einfachere und billigere und damit prozeßwirtschaftlich sinnvollere Verfahren sei. In Fällen dieser Art sei das Feststellungsverfahren kein überflüssiges Verfahren, sondern vielmehr sei es gerade dasjenige, das die erforderliche und abschließende Klärung aller zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte auf die einfachste Art ermögliche.[3]

Diese Gesichtspunkte hat der BGH für die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgesprochen. Grundsätzlich können zwar die im Zivilprozeß entwickelten Lehren nicht schematisch auf den Verwaltungsprozeß übertragen werden. Da aber die zivilgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage strukturgleich sind, bestehen gegen Übertragung dieser Argumentation auf den Verwaltungsprozeß keine Bedenken.

---

1) BGH MDR 1951 Beilage Nr.9, S. B29, Nr. 258/51;
2) BGHZ Bd. 1 S. 74;
3) BGH vom 9.April 1956, LM Nr.35 zu § 256 ZPO;

Bei der Beurteilung der Subsidiaritätsfrage muß auch berücksichtigt werden, daß die Unterlassungsklage im Verwaltungsprozeß sehr umstritten ist. Es ist noch nicht geklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen die Unterlassungsklage zulässig ist und inwieweit das Urteil vollstreckt werden kann. In dieser Fallgruppe kann nur der einzelne Fall entscheiden.[1)]

---

1) Vgl. auch BAG vom 28.Dezember 1956, AP Nr.5 zu § 256 ZPO: " Die Möglichkeit einer Leistungsklage schließt zwar grundsätzlich eine Feststellungsklage aus. Wenn es sich um eine Schadensersatzpflicht handelt, ist jedoch eine Aufspaltung in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage erforderlich, wenn der schädigende Zustand andauert und die Entstehung weiteren Schadens zu erwarten ist." Vgl. ferner OLG Stuttgart vom 11.Mai 1956, MDR 1956 S.621; BGH vom 22.Juni 1956,NJW 1956, S.1479; BGH vom 9.April 1956 ,LM Nr.35 zu § 256 ZPO; BGH vom 28.Oktober 1955,LM Nr.12 zu § 123 BGB; OLG Hamburg vom 2.September 1955, JZ 1955, S.753:" Eine Feststellungsklage kann auch bei einer möglichen Leistungsklage zulässig sein." BGH vom 4.Juni 1955,NJW 1955, S.1185; BGA vom 23.September 1954,NJW 1955, S.157; BGH vom 7.April 1952,NJW 1952 S.741:" Bei drohender Verjährung besteht ein Feststellungsinteresse."

Teil 3

§ 13

Das Ergebnis des Kapitels

Das Resultat dieses Kapitels läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Der Kläger hat stets dann ein Feststellungsinteresse, wenn der Verwaltungsrichter aus einem gefährdeten oder angemaßten öffentlichen Rechtsverhältnis nach pflichtmäßigem richterlichen Ermessen die Notwendigkeit entnimmt, das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses festzustellen, um mit der ideellen Rechtskraftwirkung des Feststellungsurteils einen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden von der Rechtssphäre des Klägers abzuwenden.[1] In diesem Fall ist immer ein konkretes Rechtsverhältnis anzunehmen. Das bedeutet - auf eine kurze Formel gebracht - : Die vorbeugende Feststellungsklage ist stets dann möglich, wenn sie nötig ist.[2]

Wie sind deshalb der Gewerkschaftsfall und die drei Fallgruppen zu entscheiden?

Im Gewerkschaftsfall besteht kein konkretes Rechtsverhältnis zwischen den Gewerkschaften und dem Staat. Die Gewerkschaften sind nicht Rechtsträger. Der an sich weitauszulegende Begriff "Rechtsverhältnis" kann nicht soweit ausgedehnt werden, daß die vorbeugende Feststellungsklage zulässig wäre. Die Auslegungsgrenze ist erreicht, denn eine Popularklage ist dem geltenden Recht unbekannt.

Im übrigen ist folgendes zu bemerken:

1) die Subjektionsfälle:

In dem Überbaufall und in den Wohnraumfällen liegen konkrete Rechtsverhältnisse vor: im Überbaufall durch den Antrag des Pächters, die Ortsbesichtigung und die weiteren

---

1) Vgl. Albrecht, Rechtsnatur der Feststellungsklage, S. 19;
2) Vgl. Albrecht aaO;

Anstalten der Behörde; in den Wohnraumfällen durch die Auffassung der Behörde, die in Frage stehenden Räume seien einfacher Wohnraum und nicht Werkwohnungen. Damit war die behördliche Verfügungsbefugnis über eine bestimmte Wohnung gemeint. Diese war streitig geworden, als der Wohnungseigentümer die gegenteilige Auffassung vertrat.

Im Zeitungsfall ist es dagegen zweifelhaft, ob ein konkretes Rechtsverhältnis gegeben ist. Man wird sagen können: Solange die Zeitungen noch nicht gedruckt sind und feststeht, welchen Inhalt sie haben werden, besteht noch kein konkretes Rechtsverhältnis, sondern nur ein verwaltungsgerichtlich nicht feststellbarer Rechtszustand.

Auch in dem Ortssatzungsfall haben sich die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger und der Gemeinde noch nicht aktualisiert. Die Ortssatzung und der Teilbebauungsplan allein reichen nicht aus, um den abstrakten Rechtszustand zu einem konkretisierten öffentlichen Rechtsverhältnis zu verdichten.

2) <u>die Gleichordnungsfälle:</u>

Im Heilgymnastin-, Heilpraktiker- und Schiffahrtsverbandsfall liegen konkrete Rechtsverhältnisse durch die Ankündigung der Strafsanktion als Indiz für die Konkretisierung vor. Das OVG Hamburg[1)] hat in dem Heilgymnastin-Fall zutreffend ausgeführt: Wenn die Beklagte für diese Behandlung die ärztliche Approbation für erforderlich erachte, die die Klägerin nicht besitze, und ihre Tätigkeit als verboten, strafbar und polizeiwidrig kennzeichne, dessen strafrechtliche Ahndung oder polizeiliche Verbietung sie herbeizuführen sich vorbehalte, behaupte die Beklagte damit ein bestimmte öffentliches Rechtsverhältnis zwischen sich und der Klägerin, auf dessen alsbaldige rechtliche Feststellung nach Bestand und Inhalt die Klägerin ein berechtigtes Interesse habe. Denn es könne ihr nicht zugemutet werden, bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage, die ihr durch den eigenen Auffassungswechsel der Beklagten

1) OVG Hamburg vom 28.Februar 1950, DVBl. 1950 S. 644;

und ihres Gesundheitsamtes dargelegt worden sei, die auch aus der unterschiedlichen Praxis benachbarter Länder und der Unterschiedlichkeit der Gesundheitsgesetzgebung hervorgehe, das Risiko strafrechtlicher Verurteilung oder polizeilicher Inanspruchnahme einzugehen.

3) die Grenzbereichsfälle:

Im Bundespost-Fall kann mit dem OVG Hamburg[1] ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Gebührenempfänger und Gebührenpflichtigem bei gleichbleibenden Geldtransporten bejaht werden.

Auch im Propstei-Fall lag ein konkretes Rechtsverhältnis vor. Das BVerwG[2] führt zutreffend aus: Die Beklagte habe bei verschiedenen konkreten Siedlungsvorhaben ihre von der Klägerin behauptete Verpflichtung, ein Siedlungsfestsetzungverfahren unter Beteiligung der Klägerin durchzuführen, unbeachtet gelassen. Sie lasse klar erkennen, daß sie auch in Zukunft nicht anders verfahren werde. Es handele sich also um ein rechtliches Verhältnis der Parteien zueinander in einem ganz bestimmten konkreten Fall.

Ob die Kläger in diesen drei Fallgruppen ein Feststellungsinteresse haben, ist zweifelhaft. Die Kläger haben zwar wegen der tatsächlichen Ungewißheit ein berechtigtes Interesse an alsbaldiger Feststellung. Haben sie aber keinen einfacheren Weg?

Das soll im folgenden Kapitel geprüft werden.

---

1) OVG Hamburg vom 26.Januar 1952, Bf. II 94/51;
2) BVerwG vom 12.April 1956, DÖV 1957 S.426;

Kapitel 3

Die vorbeugende Feststellungsklage im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes

§ 14

Die Fragestellung

Die vorbeugende Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß ist nur dann zulässig, wenn der Kläger nicht mit anderen Prozeßinstituten besser und schneller zum Ziel gelangt. Die vorbeugende Feststellungsklage ist in den drei Fallgruppen nur dann die geeignete Klageform, wenn die Kläger nicht mit der Normenkontrollklage, der Aufhebungsklage, der Vornahmeklage, der Unterlassungsklage oder der einstweiligen Verfügung besser und schneller die Unterlassung der drohenden gesetzwidrigen öffentlich-rechtlichen Maßnahmen erreichen.

Die vorbeugende Feststellungsklage ist daher von diesen genannten Prozeßinstituten abzugrenzen.

§ 15

Die vorbeugende Feststellungsklage und die selbständige Normenkontrolle im Verwaltungsprozeß

I.

Allgemeines

Der VGH entscheidet nach § 25 VGG (vorbeugend) über die Gültigkeit einer Verordnung oder einer sonstigen im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschrift.[1] Diese sog. selbständige Normenkontrolle[2] sehen die VO 165, das Rh.-Pf.VGG und das BVerwGG nicht vor. Im Bereich dieser VVO haben

---

1) Vgl. Fenge, Feststellungsklage, S. 88;
2) Menger,System, S. 86 Anm. 1 macht zutreffend darauf aufmerksam, daß die Bezeichnung "abstrakte Normenkontrolle" sprachlich nicht sehr glücklich gewählt ist, weil eine Kontrolle kaum abstrakt sein könne. Daher soll hier für dieses Verfahren der Ausdruck "selbständiges Normenkontrollverfahren" gewählt werden.

Lehre und Rechtsprechung stets eine selbständige Normenkontrolle abgelehnt.[1] In beiden Fällen ist die vorbeugende Feststellungsklage von dem vorbeugenden selbständigen Normenkontrollverfahren abzugrenzen. Für den Bereich der VO 165, des Rh.-Pf.VGG und BVerwGG ist das notwendig, damit nicht auf dem Umweg über die vorbeugende Feststellungsklage das für unzulässig gehaltene selbständige Normenkontrollverfahren erreicht wird. Das VGG läßt die Trennung nötig werden, weil vorbeugende Feststellungsklage und selbständiges Normenkontrollverfahren zwar das gleiche Ziel haben, aber andersgearteten verfahrensrechtlichen Voraussetzungen unterliegen.

II.

Das selbständige Normenkontrollverfahren

Das Normenkontrollverfahren ist keine Rechtsetzung, sondern eine echte Verwaltungsstreitsache.[2] Sein Streitgegenstand sind Vorschriften im Range unter dem Gesetz. Das besagt negativ: Der VGH prüft nicht die Gültigkeit von Gesetzen, gesetzesvertretenden Verordnungen und Gewohnheitsrecht im Range von Gesetzen. Es bedeutet positiv: der VGH kontrolliert:

1) Verordnungen[3]
2) Satzungen[4]
3) Gewohnheitsrecht im Range von Verordnungen.

---

1) So z.B. Klinger, Kommentar, § 1 Anm. 21 S.57; Menger, System, S. 86; v.Turegg, Verwaltungsrecht, S.212; OVG Münster vom 10.Oktober 1949, DVBl. 1950 S.346; OVG Münster vom 15.Januar 1951, DVBl. 1951 S.418; OVG Lüneburg vom 19. Juni 1950, DVBl. 1950 S.530; aA Bergmann, Feststellungsklage, unter Berufung auf Artikel 19 Abs. 4 GG;
2) Vgl. Deutungsversuch bei Menger, System, S.88,89; siehe auch Bergmann, Feststellungsklage, S.293 ff;
3) Verordnungen sind Rechtssätze, die von einer zur Normsetzung befugten Stelle ausgehen und sich, ohne Gesetz zu sein, an die Allgemeinheit wenden. So Bergmann, Feststellungsklage, S. 307 im Anschluß an Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 25 Anm I 2 b bb; vgl. auch VGH Bayern vom 10. Oktober 1952 DVBl. 1952 S.246 ff;
4) Autonome Satzungen sind Rechtssätze, die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im eigenen Namen erlassen und öffentlich bekannt gemacht werden. Vgl. dazu Bergmann und Eyermann-Fröhler aaO; v.Turegg, Verwaltungsrecht, S.66;

Die Zuständigkeit des VGH ist durch die Worte "im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte" eingeschränkt. Sie bringen - wiederum negativ - zum Ausdruck: das selbstandige Normenkontrollverfahren erstreckt sich nicht auf privatrechtliche oder auf solche öffentlichrechtlichen Vorschriften im Range unter dem Gesetz, die der Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte entzogen sind, weil z.B. in diesem Normenbereich die Sozialgerichte oder die Finanzgerichte Recht sprechen. Sie besagen positiv: der VGH prüft solche Rechtsnormen im Range unter dem Gesetz, aus denen sich Verwaltungsstreitsachen entwickeln können. Eine solche Lage entsteht, wenn sich durch Anwendung der Norm auf den Einzelfall Anfechtungs- oder Vornahmeklagen oder sonstige Streitigkeiten des öffentlichen Rechts möglicherweise ergeben.[1)]

Der VGH entscheidet auf Antrag einer Behörde oder einer (juristischen oder natürlichen) Person. Die letztere kann den Antrag stellen, wenn sie durch Anwendung der Rechtsvorschrift in absehbarer Zeit eine Benachteiligung zu erwarten hat. Rechtsprechung und Lehre legen den Begriff "Benachteiligung" weit aus.[2)] Es genügt jede drohende Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses. Dabei muß die Benachteiligung mit hinreichender Gewißheit alsbald zu erwarten sein.

---

1) Vgl. VGH Bremen vom 15.März 1955, DÖV 1955 S.673;
2) Vgl. Menger, System, S.92 mit Nachweisen;

Die Benachteiligung braucht nicht immer durch einen Verwaltungsakt zu drohen. Sie kann unter Umständen auch unmittelbar durch die Norm zu erwarten sein. [1)]

Der VGH entscheidet durch Beschluss. Der Beschluss kann nur dahin lauten, daß der Antrag abgewiesen oder die rechtswidrige Norm ganz oder teilweise für ungültig erklärt wird oder welche Auslegung der Norm mit der Verfassung oder sonstigen Rechtssätzen höheren Ranges vereinbar ist. Er ist allgemein verbindlich. Er wird mit der überprüften Norm bekannt gemacht.

III.

Der Vergleich des selbständigen Normenkontrollverfahrens mit der vorbeugenden Feststellungsklage

1. Äussere Unterschiede.

Das selbständige Normenkontrollverfahren weist damit gegenüber dem durch eine vorbeugende Feststellungsklage eingeleiteten Verwaltungsstreitverfahren folgende Unterschiede auf:

Für die vorbeugende Feststellungsklage ist die normale sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben. Über sie können entscheiden: das VG (LVG), der VGH (OVG) und das BVerwG. Dagegen ist für das Normenkontrollverfahren ausschliesslich der VGH sachlich zuständig.[2)]

Im vorbeugenden Feststellungsverfahren kann der Passivbeteiligte jede juristische oder natürliche Person sein, die als Träger öffentlicher Rechte oder Pflichten in Betracht kommt. Demgegenüber kann im Normenkontrollverfahren Antragsgegner allein der Staat oder diejenige öffentliche Körperschaft sein, deren Rechtssatz angegriffen wird.

---

1) So Bergmann, Feststellungsklage, S. 322;
2) Vgl. v. Turegg, Verwaltungsrecht, S. 222;

Streitgegenstand der vorbeugenden Feststellungsklage ist ein konkretes Rechtsverhältnis. Das selbständige Normenkontrollverfahren bezieht sich dagegen auf eine Rechtsvorschrift.

Die vorbeugende Feststellungsklage wendet sich gegen drohendes Verwaltungshandeln, weil - neben anderen Fällen - deren Rechtsgrundlage fehlerhaft ist. Der Antrag auf Einleitung des selbständigen Normenkontrollverfahrens richtet sich gegen die fehlerhafte Rechtsvorschrift, weil ein Verwaltungshandeln droht.

Das vorbeugende Feststellungsverfahren schliesst durch Vorbescheid, Bescheid oder Urteil ab. Das selbständige Normenkontrollverfahren endet durch Beschluss.

Der Tenor des vorbeugenden Feststellungsurteils enthält die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Der Beschluss im selbständigen Normenkontrollverfahren spricht die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsvorschrift aus.

Das vorbeugende Feststellungsurteil bindet die Parteien. Dagegen ist der Beschluss im selbständigen Normenkontrollverfahren allgemein verbindlich.

2. Innere Berührungspunkte

Neben diesen äusseren Unterschieden gibt es innere Berührungspunkte.[1] Dadurch kann die Abgrenzung zwischen der vorbeugenden Feststellungsklage und dem selbständigen Normenkontrollverfahren problematisch werden.

Die vorbeugende Feststellungsklage und das selbständige Normenkontrollverfahren können als Abwehrwaffe gegen drohende Verwaltungsakte oder gegen drohendes schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge verwendet werden.

---

1) Vgl. auch Schoen, Zeit- und Streitfragen, DÖV 1951 S. 398 ff; Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1950, S. 69 - 70;

Das drohende Verwaltungshandeln läßt sich in drei Fallgruppen unterteilen:

1) Das drohende Verwaltungshandeln ware bei seinem Vollzug fehlerhaft, ohne daß die Gültigkeit oder Auslegung einer Rechtsvorschrift in Frage steht. In diesem Fall ergibt sich die Fehlerhaftigkeit aus dem drohenden Verwaltungshandeln selbst, weil entweder überhaupt keine Rechtsgrundlage vorhanden ist oder sie zwar gegeben ist, das drohende Verwaltungshandeln aber durch unlautere Mittel(Täuschung, Bestechung, Zwang) veranlaßt wird, von einer unzuständigen Behörde droht oder auf etwas tatsächlich Unmögliches abzielt, um einige Beispiele zu nennen.

2) Das drohende Verwaltungshandeln ist fehlerhaft, weil es sich auf eine ganz oder teilweise ungültige Rechtsvorschrift stützt.

3) Das drohende Verwaltungshandeln ist endlich deshalb fehlerhaft, weil die gültige Rechtsnorm fehlerhaft ausgelegt wird.

Die erste Fallgruppe bietet für die zu führende Untersuchung keine Probleme. Hier können sich vorbeugende Feststellungsklage und selbständiges Normenkontrollverfahren nicht berühren. Dem Betroffenen droht zwar eine Benachteiligung, jedoch geht die künftige Rechtsverletzung nicht von einer Rechtsvorschrift unter dem Range eines Gesetzes aus. Daher kann der Betroffene nicht die Durchführung eines selbständigen Normenkontrollverfahrens beantragen. Als Abwehrwaffe käme die vorbeugende Feststellungsklage in Betracht, wenn die sonstigen Voraussetzungen für diese Klageform gegeben sind.

In der zweiten Fallgruppe lassen sich vorbeugende Feststellungsklage und selbständiges Normenkontrollverfahren theoretisch trennen.

Die vorbeugende Feststellungsklage will drohendes Verwaltungshandeln abwehren, weil es rechtswidrig ist. Das drohende Verwaltungshandeln kann deshalb rechtswidrig sein, weil es sich einmal auf rechtswidrigen Gesetzen, gesetzesvertretenen Verordnungen oder Gewohnheitsrecht im Range von Gesetzen oder zum anderen auf rechtswidrigen Verordnungen, Satzungen oder Gewohnheitsrecht im Range von Verordnungen stützt. In dem letzten Unterfall berühren sich vorbeugende Feststellungsklage und selbständiges Normenkontrollverfahren, denn soweit die Gültigkeit von Verordnungen, Satzungen oder Gewohnheitsrecht im Range von Verordnungen in Frage steht, ist ein Normenkontrollverfahren möglich. Im vorbeugenden Feststellungsverfahren ist Streitgegenstand das drohende Verwaltungshandeln. Der Verwaltungsrichter prüft nur inzidenter die Frage, ob die Rechtsgrundlage des drohenden Verwaltungshandelns- die Rechtsvorschrift - rechtsgültig ist oder nicht. Das Ergebnis der Feststellung erscheint lediglich in den Urteilsgründen, nicht dagegen im Tenor der Entscheidung. Anders verhält es sich im Normenkontrollverfahren: Streitgegenstand ist allein die Rechtsnorm. Das drohende Verwaltungshandeln ist hier nur Rechtsschutzvoraussetzung und damit nur eine Vorfrage für das selbständige Normenkontrollverfahren.

Diese theoretische Unterscheidung kann zu praktischen Schwierigkeiten führen und diese Fallgruppe problematisch erscheinen lassen.

Die Hamburger Polizei beschlagnahmte z.B. in den Räumen der Klägerin Exemplare einer Zeitung. Sie stützte sich auf eine Polizeiverordnung über das Verbot der Förderung der Volksbefragung gegen die Remilitarisierung Deutschlands. Die Klägerin erhob vorbeugende Feststellungsklage und beantragte, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, weitere Beschlagnahmen auf Grund der Polizeiverordnung zu unterlassen.[1)]

1) Über diesen Fall hat das OVG Hamburg am 27.September 1951, DVBl. 1952 S. 86 ff, entschieden. Vgl. S. 3 dieser Abhandlung;

In diesem Grenzfall kommt es auf die wahre Absicht der Klagerin an. Wendet sie sich ausschließlich gegen die drohenden weiteren Beschlagnahmen, dann könnte die vorbeugende Feststellungsklage zulassig sein.[1] Richtet sich jedoch die Klage in Wahrheit gegen die Rechtsverordnung, weil der Klagevortrag nur vorgeschoben ist, um ein im Geltungsgebiet der VO 165 unzulassiges Normenkontrollverfahren zu ermöglichen, so ist die Klage unzulässig.

Die dritte Fallgruppe ähnelt der zweiten. Auch hier lassen sich vorbeugende Feststellungsklage und selbstandige Normenkontrolle theoretisch auseinander halten; Der Verwaltungsrichter prüft im (negativen) vorbeugenden Feststellungsverfahren, ob ein öffentliches Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Kommt er zu dem Ergebnis, daß kein öffentliches Rechtsverhältnis gegeben ist, dann enthält das vorbeugende Feststellungsurteil implizite das Verbot, die angedrohten öffentlich-rechtlichen Handlungen vorzunehmen. Dagegen untersucht der Verwaltungsrichter im selbständigen Normenkontrollverfahren innerhalb der dritten Fallgruppe, ob die Verordnung inhaltlich mit dem ermächtigenden Gesetz übereinstimmt. Das ist der Fall, wenn eine Auslegung möglich ist, die mit dem Gesetz im Einklang steht, und die Verordnung bei dieser Auslegung sinnvoll bleibt.[2]

Diese theoretische Abgrenzung ist in der Praxis nicht immer leicht durchzuführen.Z.B.: Ein Milchhändler verkauft in seinem Geschäft als Nebenartikel Flaschenweine. Das Ordnungsamt hält das auf Grund §§ 57 Abs. 1 Ziffer 4 a - e VollzugsVO zum Milchgesetz vom 19.Dezember 1931 (Reg.Bl. S.511) für unzulässig und droht mit Strafanzeige. Materiell kommt es darauf an, wie die VollzugsVO ausgelegt wird. Denn sie verbietet nicht ausdrücklich den Verkauf von Flaschenweinen in Milchgeschäften.[3]

---

1) Wenn man - was zweifelhaft ist - ein konkretes Rechtsverhaltnis annimmt; vgl. S.73ff dieser Abhandlung;
2) Vgl. VGH Stuttgart vom 17.Dezember 1953, DÖV 1954 S.58 ff;
3) Vgl. dazu VGH Stuttgart aaO;

Wie aber soll der Betroffene vorgehen? Er kann das selbständige Normenkontrollverfahren beantragen, wenn er sich ausschließlich gegen die VO wendet. Es muß aber auch eine vorbeugende Feststellungsklage zulässig sein, wenn er lediglich die Strafanzeige verhindern will. Auch hier ist - wie in Fall 2 - die Willensrichtung der Klagers entscheidend.

IV.

Das Ergebnis

Weder im Grenzbereich, noch im Gleichordnungs- oder Subjektionsverhältnis ist es unmöglich, die vorbeugende Feststellungsklage und das selbständige Normenkontrollverfahren theoretisch und praktisch zu trennen. Während Fallgruppe 1 für die Abgrenzungsfrage unproblematisch ist, kommt es in Fall 2 und 3 letzten Endes darauf an, ob der Verwaltungsrichter nach pflichtmäßigem Ermessen bei dem Kläger ein anerkennenswertes Feststellungsinteresse als gegeben erachten kann.

§ 16

Die vorbeugende Feststellungsklage und die Aufhebungsklage[1]

I.

Allgemeines

Nach Bettermann[2] können Streitgegenstand des Aufhebungsprozesses neben Rechten und Rechtsfolgen nur Rechtsverhältnisse sein. Auch die vorbeugende Feststellungsklage hat Rechtsverhältnisse zum Streitgegenstand. Aufhebungs- und vorbeugende Feststellungsklage könnten sich daher überschneiden. Beide Klageformen und die ihnen zugeordneten Fallgruppen bedürfen somit der Abgrenzung.

II.

Der Streitgegenstand der Aufhebungsklage

Der Streitgegenstand der Aufhebungsklage gehört zu den

1) Gemeint ist die Anfechtungsklage im engeren Sinne. Sie ist in § 15 Abs. 1 BVerwGG, § 23 VO 165, §§ 22 Abs.1,23,35 VGG § 23 Rh.-Pf.VGG; gesetzlich geregelt;
2) Bettermann, Wesen und Streitgegenstand, DVBl. 1953 S.163 ff;

umstrittensten Problemen des Verwaltungsprozeßrechts. Es werden im wesentlichen fünf Auffassungen vertreten:

1) Z.B. sehen Eyermann-Fröhler,[1] Hufnagl,[2] Kammer,[3] Klinger,[4] und van de Sandt[5] den angefochtenen Verwaltungsakt als Streitgegenstand an. Sie stützen sich auf § 45 VGG. Danach ist Gegenstand der Aufhebungsklage der beschwerende Verwaltungsakt.[6]

2) Böttticher[7] vertritt die Auffassung, Streitgegenstand sei der durch den Verwaltungsakt geregelte Sachverhalt. Er sieht die Aufhebungsklage als Rechtsmittel an.

3) Niese[8] behauptet, Streitgegenstand sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes. Im Aufhebungsprozeß werde die Rechtswidrigkeit obrigkeitlichen Verhaltens im Allgemeininteresse nachgeprüft. Der Verwaltungsrichter solle erreichen, daß in der latenten Spannung zwischen Recht und Macht das Recht sich durchsetze und das Gemein-

---

1) Eyermann-Fröhler, Kommentar § 43 Anm. 1 S.157;
2) Hufnagl, Kommentar, § 45 S.197 ff;
3) Kammer, Änderung, DVBl. 1950 S.101;
4) Klinger, Kommentar, S.364;
5) van de Sandt, Kommentar, S.135;
6) Vgl. van Husen, Kommentar, § 45 Anm. 1 S.73 und § 80 Anm. 1 S. 107, wo er zutreffend ausführt:"Die Ansprüche bestimmen, quod in iudicium deductum est." Der Verwaltungsrichter vermag mit dem Verwaltungsakt als solchem nichts anzufangen. Er muß erfahren, in welcher Weise er auf den Verwaltungsakt einwirken soll. Er kann dann entscheiden, ob eine solche richterliche Einwirkungsbefugnis aus den gesetzlichen Grundlagen, an denen er den Verwaltungsakt mißt, hergeleitet werden kann. Welche Einwirkungen auf den einzelnen Verwaltungsakt begehrt werden, ergibt sich aus dem Klagantrag.
7) Mitgeteilt von Blomeyer, Tagung der deutschen Zivilprozeßlehrer, MDR 1951 S.341; vgl. auch Menger, System, S.159 und Schwab, Streitgegenstand, S.67;
8) Niese, Streitgegenstand, JZ 1952 S.353 ff;

wohl keinen Schaden erleide.[1)2)]

4) Bettermann[3)] ist der Auffassung, Streitgegenstand sei das subjektive Anfechtungsrecht (materielle Gestaltungsrecht) des Klägers. Es verhalte sich hier ähnlich wie bei der Klage eines Gesellschafters auf Auflösung der OHG nach § 133 HGB, bei der Klagegegenstand das materielle Gestaltungsrecht des Klägers sei.[4)]

---

1) Niese aaO behauptet: Im Anfechtungsprozeß gehe es keineswegs wie im Zivilprozeß darum, ein individuelles Rechtsverhältnis zu gestalten, das etwa zwischen dem Staat und dem einzelnen "angesprochenen" Staatsbürger durch den Verwaltungsakt entstanden wäre. Vielmehr sei das Hauptanliegen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, vorallem im Anfechtungsprozeß, zum Wohl und Gedeihen des Rechtsstaates selbst, im öffentlichen Allgemeininteresse die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die rechtmäßige Hoheitsausübung als solche zu gewährleisten. Vgl. auch Ule, Kommentar, § 51 Anm. II 2, S.202;

2) Siehe auch Bachof, Urteilsbesprechung, JZ 1953 S. 411: "Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist ... nach der wohl als herrschend zu bezeichnenden Ansicht ... die Rechtmäßigkeit des ... ergangenen Verwaltungsaktes; nach der von Bettermann ... vertretenen Auffassung das subjektive Gestaltungsrecht des Klagers auf Aufhebung dieses Aktes; nach meiner eigenen Ansicht die Behauptung, der Verwaltungsakt verletze den Kläger in seinen "Rechten"(= objektiv-rechtlich geschützte Interessen)."

3) Bettermann setzt in seiner Abhandlung "Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage", DVBl. 1953 S. 163 ff und 202 ff seine These, die er auf verschiedenen Tagungen angedeutet hat, als bekannt voraus. Sie wird z.B. von Menger, System, S.159 ff und Niese "Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß", JZ 1952 S.353 ff (354) mitgeteilt.

4) Ebenso behauptet Gehring, Streitgegenstand, DÖV 1954 S.331: Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage sei ein subjektives Recht und nicht nur die Frage nach der Rechtmäßigkeit eines bestimmten Verhaltens der Verwaltung. Mit der Anfechtungsklage behaupte der Kläger ein subjektiv-öffentliches Recht auf Aufhebung des wirksam erlassenen Verwaltungsaktes. Dieses subjektiv-öffentliche Recht werde von Hans J. Wolff als Abwendungsanspruch bezeichnet. Der Begriff Aufhebungsanspruch sei vorzuziehen, weil damit das konkrete Rechtsschutzbegehren genau erfaßt werde.

5) Menger[1] sieht endlich als Streitgegenstand den "Überprüfungsanspruch" an. Er versteht darunter die Rechtsbehauptung, "daß die angefochtene Entscheidung der Verwaltungsbehörde (der "ersten Instanz") den Kläger wegen objektiver Rechtswidrigkeit in seiner Rechtsstellung beeintrachtige."[2] Die Aufhebungsklage ist danach rechtsmittelähnlich.

III.

Der Vergleich der Aufhebungsklage mit der vorbeugenden Feststellungsklage

Diese Ausführungen ermöglichen es, die Aufhebungsklage von der vorbeugenden Feststellungsklage abzugrenzen.[3] Die verschiedenen Lehrmeinungen betrachten als Streitgegenstand entweder den Verwaltungsakt, den Sachverhalt, die Rechtswidrigkeit oder vom Kläger aus gesehen: das subjektive Gestaltungsrecht oder den Überprüfungsanspruch. Sie haben deshalb gemeinsam, daß sie einen erlassenen Verwaltungsakt voraussetzen. Daraus ergibt sich dreierlei:

---

1) Menger, System, S.161 ff;
2) Vgl. Menger, System, S.164;
3) Vgl. wegen der Abgrenzung auch Menger, System, S.99 oben und Anm. 3. Hier behauptet er:"Der Verwaltungsakt muß bereits erlassen sein; eine Klage auf Unterlassung eines künftigen Verwaltungsaktes ist dem geltenden Recht - auch als sonstige Streitigkeit des öffentlichen Rechts - unbekannt." Er beruft sich auf OVG Hamburg vom 27.September 1951, DVBl. 1952 S. 86 ff; diese Auffassung ist unrichtig.

1) Die Aufhebungsklage ist stets nachtragliche Verwaltungsstreitsache.

2) Sie gehört dem ausgleichenden Rechtsschutz an.

3) Sie hat nur Streitigkeiten aus Subjektionsverhaltnissen zum Gegenstand.

Das ist anders bei der vorbeugenden Feststellungsklage. Bei ihr liegt der Verwaltungsakt noch nicht vor. Er droht erst. Darüber hinaus wendet sich die vorbeugende Feststellungsklage auch gegen drohendes schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge. Ihr Streitgegenstand ist weder ein Verwaltungsakt, der Sachverhalt oder die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, noch das subjektive Gestaltungsrecht, noch der Uberprüfungsanspruch, sondern ein öffentliches Rechtsverhaltnis. Daraus folgt im wesentlichen dreierlei:

1) Die vorbeugende Feststellungsklage ist stets ursprüngliche Verwaltungsstreitsache.

2) Sie gehört dem vorbeugenden Rechtsschutz an.

3) Sie hat Streitigkeiten im Subjektions- und im Gleichordnungsverhaltnis zum Gegenstand.

Wenn die Aufhebungsklage im Gegensatz zur vorbeugenden Feststellungsklage Vorverfahren und Fristen kennt, so ist das nur strukturbedingt.[1)]

IV.
Das Ergebnis

Aufhebungsklage und vorbeugende Feststellungsklage haben verschiedene Fallgruppen zum Gegenstand. Die vorbeugende Fest-

---

1) Vgl. Menger, System, S. 221, 238;

stellungsklage ist nicht subsidiär gegenüber der Aufhebungsklage.[1] Die Subsidiarität verlangt gleichartig strukturierte Klagen.[2] Sie müssen theoretisch miteinander konkurrieren können.[3] Die vorbeugende Feststellungsklage als ursprüngliche Verwaltungsstreitsache und die Aufhebungsklage als nachträgliche Verwaltungsstreitigkeit sind jedoch qualitativ anders gestaltet. Die Aufhebungsklage ermöglicht, die Dynamik der Verwaltung zu überprüfen. Die vorbeugende Feststellungsklage bezieht sich auf ein nicht unbedingt durch eine Behörde geschaffenes statisches Verhältnis.[4] Die vorbeugende Feststellungsklage nähert sich jedoch der Aufhebungsklage. Sie wendet sich - neben anderen Fällen - gegen die im planenden, vorbereitenden Stadium entfaltete Dynamik der Verwaltung. Beide - die vorbeugende Feststellungsklage und die Aufhebungsklage - sind Abwehrklagen.[5] Sie sind zu verschiedenen Zeitpunkten zulässig: bis zum Erlaß eines Verwaltungsaktes ist die vorbeugende Feststellungsklage möglich, danach kommt nur die Aufhebungsklage in Betracht.[6]

Wie sind die drei Fallgruppen abzugrenzen?

Von den drei Fallgruppen kommen nur die Subjektionsfälle in Frage. Denn nur innerhalb dieser Gruppe wendet sich die vorbeugende Feststellungsklage gegen (drohende) Verwaltungsakte. Im Subjektionsbereich will die vorbeugende Feststellungsklage nicht die gegenwärtige Rechtsgefährdung, die sich in der Ankündigung, Mahnung oder Drohung der Behörde äußert, sondern die geplante zukünftige Rechtsverletzung durch einen Verwaltungsakt verhindern.[7] Ist zweifelhaft, ob die Ankündigung, Mahnung oder Drohung der Behörde bereits selbst einen Verwaltungsakt darstellt, dann liegt ein Fall im Grenzbereich vor. Hier ist stets die vorbeugende Feststellungsklage

---

1) Vgl. Bergmann, Rechtsschutzbedürfnis, VerArch Bd.49 S.341;
2) Vgl. Menger, System, S.238;
3) Vgl. Menger aaO;
4) Vgl. VGH Württemberg-Baden vom 4.August 1950, VerwRspr 1950 S.64 ff;
5) Vgl. Bettermann, Wesen und Streitgegenstand, DVBl. 1953 S.164;
6) Vgl. auch Brauer, Beide Feststellungsklagen, MDR 1950 S. 459
7) Vgl. Weyreuther, Unterlassungsklage, S.68 ff;

zulässig. Das ergibt sich aus Artikel 19 Abs. 4 GG, der dem Staatsbürger einen effektiven Rechtsschutz gewähren will. Außerdem steht innerhalb dieser Fallgruppe nicht fest, ob der Kläger mit der Aufhebungsklage besser und schneller zum Ziel gelangt. Denn es ist ja gerade zweifelhaft, ob die Aufhebungsklage überhaupt zulässig ist, weil unter Umständen kein Verwaltungsakt vorliegt.

Können also der Grundstückseigentümer gegen die drohende Enteignung und die Wohnungseigentümer gegen die beabsichtigte Beschlagnahme der Werkwohnungen vorbeugende Feststellungsklagen erheben? Das ist streitig.

Richard Naumann[1] behauptet: Es sei lediglich eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, ob einem von der Behörde angedrohten oder sonst in Aussicht gestellten nachteiligen Verwaltungsakt mit der Feststellungsklage vorgebeugt werden könne. Dieses Feststellungsinteresse könne fehlen, weil der von der Behörde angedrohte Akt in Kürze zu erwarten sei. Einspruch und Anfechtungsklage mit ihrer aufschiebenden Wirkung könnten den primären Anspruch des Staatsbürgers auf Unterlassung ungesetzlicher Maßnahmen effektiv genug schützen.

Rupp[2] und Ringe[3] vertreten dagegen die Auffassung: Grundsätzlich sei hier jede Verwaltungstätigkeit, die sich in Verwaltungsakten manifestiere, auszuscheiden. Drohe dem Staatsbürger erst in Zukunft der Erlaß eines Verwaltungsaktes, so gebe ihm das geltende Verwaltungsprozeßrecht im Anfechtungsverfahren genügend Möglichkeiten, sich hiergegen wirksam zu wehren.

Diese Meinungen können nicht richtig sein. Wie schon im anderen Zusammenhang betont[4], geht es hier oft um Existenzfragen. Deshalb ist der Gewaltunterworfene an einer schnellen Klärung der Rechtslage - möglichst im Vorwege - interessiert. Aber auch in anderen weniger einschneidenden (drohenden) Fäl-

1) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S. 402;
2) Rupp, Beseitigungs- und Unterlassungsklage, DVBl. 1958 S. 115 ff;
3) Ringe, Unterlassungsklage, DVBl. 1958 S. 378 ff;
4) Vgl. S.20ffdieser Abhandlung;

len enthält jede Drohung des Staates gegen den Einzelnen mit einem Eingriff eine erhöhte Bedeutung wegen der "sozialen Gewichtsverteilung"[1] und der Autorität des Staates. Tiefgreifender als bei drohenden Handlungen der Staatsbürger untereinander beeintrachtigen drohende staatliche Handlungen - hauptsächlich auch Verwaltungsakte - die Motivation der Gewaltunterworfenen. Droht z.B. einem Automatenaufsteller ein Steuerbescheid, so muß er anders disponieren, als wenn ein Gastwirt droht, ihm das weitere Aufstellen der Automaten zu untersagen. Hat der drohende Steuerbescheid eine existenzgefährdende Höhe, so muß er sein Gewerbe aufgeben oder umstellen. Hat er dagegen Schwierigkeiten mit einem Gastwirt, so kann er mit anderen Gastwirten kontrahieren.

Die vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhaltnis muß daher immer dann zulässig sein, wenn die Aufhebungsklage dem bedrohten Staatsbürger oder sonstigen Berechtigten nicht besser und schneller helfen kann. Das kommt in folgenden Fällen in Betracht:[2]

1) bei adressatlosen Verwaltungsakten, z.B. der Aufnahme eines Wasserlaufes in das Verzeichnis der Wasserlaufe zweiter Ordnung nach §§ 4 ff preußischen Wassergesetzes vom 7.April 1913 (GS. S. 53), Widmung und Entwidmung eines Weges.[3] Da in diesen Fällen keine potentiell verbindliche Entscheidung vorliegt, kann der Betroffene keine Aufhebungsklage erheben.[4] Gegen drohende adressatlose Verwaltungsakte muß daher die vorbeugende Feststellungsklage zulässig sein.

2) bei Realakten. Wenn die Behörde mit einem Realakt in die Rechtsstellung des Betroffenen eindringt, kann jeglicher Rechtsschutz lediglich ausgleichend und darum nur mangelhaft sein. Schaden verhüten, ist besser als Schaden vergüten. Der Rechtsschutz muß so früh wie möglich einsetzen, vor allem auch, weil Einspruch und Aufhebungsklage hier keine aufschiebende Wirkung haben können. Auch in dieser Fallgruppe muß die vorbeugende Feststellungsklage möglich sein.

---

1) Vgl. Rupp aaO S.114;
2) Vgl. abschließende Zusammenfassung S.150 dieser Abhandlung
3) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 181;
4) Vgl. Menger,System, S. 99;

3) in besonderen Fällen, z.B. wenn der drohende Verwaltungsakt die Existenz des Betroffenen unmittelbar gefährdet, also insbesondere bei der Androhung, die Konzession zu entziehen oder das Grundstück zu enteignen. Hierher gehören auch die Fälle, in denen die Behörde den angekündigten Verwaltungsakt hinauszögert[1] oder zugleich mit Strafanzeige droht.[2]

Wie sind deshalb unsere Subjektionsfälle zu entscheiden?

Es können vorbeugende Feststellungsklagen erheben:

1) der Grundstückseigentümer. Es liegt ein besonderer Fall vor, weil ihm sein Grundstück, also ein wesentlicher Vermögenswert, enteignet werden soll, und wegen der Häufung der vorbereitenden behördlichen Maßnahmen.

2) die Werkwohnungseigentümer, weil Realakte - die sofortige Einweisung von Wohnungssuchenden oder Obdachlosen - drohen.

§ 17
Die vorbeugende Feststellungsklage und die Vornahmeklage

I.
Allgemeines

Die VVO kenen neben der Aufhebungsklage die Klagen auf Vornahme von Amtshandlungen.[3] Die Vornahmeklage will ein künftiges behördliches Verhalten erreichen. Dieses Ziel ließ sich vielleicht auch mit der vorbeugenden Feststellungs-

---

1) Vgl. auch Bergmanns Bedenken S. 81 dieser Abhandlung;
2) Droht die Behörde nur mit Strafanzeige, dann liegt ein Fall im Gleichordnungsverhältnis vor.
3) Vgl. § 15 Abs. 3 BVerwGG, § 24 VO 165, § 35 Abs. 2 VGG, § 15 Abs. 2 Rh.-Pf. VGG;

klage erzielen. Überschneidungen sind denkbar. Eine Abgrenzung der beiden Klageformen ist daher nötig.

III.

Die vier Klagemöglichkeiten auf Vornahme einer Amtshandlung

Menger[1] unterscheidet folgende vier Klagemöglichkeiten auf Vornahme einer Amtshandlung:

1) "Die Behörde lehnt es ab, einen bestimmten - beantragten - Verwaltungsakt (eine Genehmigung, Bewilligung oder dergleichen) zu erteilen;

2) sie lehnt es ausdrücklich ab, überhaupt eine Amtshandlung vorzunehmen, verweigert also die Amtstätigkeit als solche;

3) die Behörde schweigt auf einen Antrag;

4) die Einspruchs-, Beschwerde- oder Widerspruchsbehörde schweigt auf einen Rechtsbehelf."[2][3]

Im ersten Fall regelt die Behörde einen konkreten Sachverhalt auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, wenn sie einen Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes ablehnt. Sie erläßt einen Verwaltungsakt mit negativem Inhalt. Der Kläger kann dagegen Einspruch oder Beschwerde einlegen und, wenn die Rechtsbehelfe erfolglos bleiben, Vornahmeklage erheben. Ist die Sache in jeder Hinsicht spruchreif, so hebt das Verwaltungsgericht die Versagung auf und spricht zugleich die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung

---

1) Menger, System, S.195;
2) Vgl. zu dieser Unterscheidung auch Bachof, Vornahmeklage, S.7 unten und S.8; Walter Jellinek, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948 S.271;
3) Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg, S.45, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, S.40, van de Sandt, Kommentar, S.59 und v.Werder-Labs-Ortmann, Kommentar, S.71 fassen Weigerungsgegenklage und Untätigkeitsklage zu einem Begriff "Untätigkeitsklage" zusammen. Bachof aaO weist jedoch zutreffend darauf hin, daß die Behörde jedoch nur dann untätig bleibt, wenn sie einen Antrag überhaupt nicht bescheidet.

vorzunehmen.[1]

Im zweiten Fall lehnt es die Behörde ab, formell tätig zu werden. Der Kläger kann sich hiergegen mit der Weigerungsgegenklage wenden.[2] Er muß im Bereich der VO 165 und des Rh.-Pf. VGG und er kann im Gebiet des VGG Einspruch oder Beschwerde einlegen.[3] Die Weigerung der Behörde, formell tätig zu werden, wird nicht bei der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Klage geprüft.[4] Das Verwaltungsgericht hebt die Ablehnung der Behörde, formell tätig zu werden, auf; es verpflichtet sie, formell zu handeln und materiell eine Sachentscheidung zu erlassen. Wie die Behörde (materiell) entscheidet, bleibt ihrem pflichtmäßigen Ermessen überlassen.[5]

Im dritten Fall hat die Behörde weder formell noch materiell gehandelt. Der Kläger kann dagegen ohne Vorverfahren das Verwaltungsgericht mit der Untätigkeitsklage anrufen.[6] Die Klage setzt voraus, daß die Behörde den Antrag auf Vornahme der Amtshandlung ohne zureichenden Grund binnen angemessener Frist nicht beschieden hat. Der Gesetzgeber hat die stillschweigende Untätigkeit der ausdrücklichen Ablehnung einer Amtshandlung gleichgestellt. Daher ist dieser Fall wie Fall 2 zu behandeln. Auch hier prüft das Gericht nicht den

---

1) Wegen der Streitfrage, ob gegen die Versagung der Vornahme einer beantragten Amtshandlung nur die Vornahmeklage gegeben ist oder ob mit der Vornahmeklage die Aufhebungsklage gegen den ablehnenden Bescheid verbunden werden kann, vgl. Klinger, Der Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer beantragten Amtshandlung, NJW 1957 S.654 ff, Weyreuther, Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen ablehnenden Bescheid, DVBl.1956 S.633, OVG Münster vom 25.Februar 1955, DVBl.1955 S.670, OVG Lüneburg vom 27.März 1956, MDR 1956 S.765;
2) Diese Bezeichnung hat Bachof, Vornahmeklage, S. 8 geprägt.
3) Vgl. § 44 Abs.1 Satz 2 VO 165, §§ 17 ff, 15 Rh.-Pf. VGG, § 38 Abs.3 VGG;
4) Vgl. Menger,System, S.199;
5) Vgl. Menger,System, S.200;
6) Bachof, Vornahmeklage, S.9 weist zutreffend daraufhin, daß diese Klage, um sie sprachlich genau zu formulieren, Untätigkeitsgegenklage heißen müsse. Die Untätigkeitsklage sei nicht auf behördliche Untätigkeit, sondern gerade gegen diese gerichtet.

materiellen Sachverhalt, sondern nur das formelle stillschweigende Untätigbleiben. Es kann daher die Behörde lediglich verurteilen, den Antrag auf Vornahme der Amtshandlung zu bescheiden.[1)]

Im vierten Fall endlich hat die Behörde einen negativen Verwaltungsakt erlassen oder sich geweigert[2)], eine Amtshandlung vorzunehmen, aber die Einspruchs-, Beschwerde- oder Widerspruchsbehörde ist untätig geblieben.

Nach §§ 48 Abs. 2 und 49 Abs. 2 VO 165 gilt der Einspruch oder die Beschwerde als abgelehnt, wenn die Rechtsmittelbehörde nicht innerhalb eines Monats endgültig oder durch einen Zwischenbescheid und nach einem solchen nicht innerhalb eines weiteren Monats entschieden hat.

§ 42 Abs. 2 VGG fingiert ebenfalls, daß der Rechtsbehelf als abgelehnt gilt, wenn er nicht binnen angemessener Frist beschieden wird.

Dagegen bestimmt § 21 Abs. 3 Rh.-Pf.VGG nur, daß die Klagefrist zu laufen beginnt, wenn nicht innerhalb von zwei Monaten ein abschließender Bescheid ergangen ist.

In dieser Fallgruppe braucht der Kläger die Rechtsmittelbehörde nicht auf Vornahme einer Amtshandlung - den Rechtsmittelbescheid zu erteilen - zu verklagen. Der Gesetzgeber hat es einfacher gestaltet: er erklärt das Vorverfahren für entbehrlich.

---

1) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S.46;
2) Der weitere Fall, daß die Behörde untätig geblieben ist, gehört hier nicht her, denn er erfordert kein Vorverfahren.

III.

Der Vergleich der vier Klagemöglichkeiten auf Vornahme einer Amtshandlung mit der vorbeugenden Feststellungsklage

Wie sind diese Fallgruppen von der vorbeugenden Feststellungsklage abzugrenzen?

Die 4. Fallgruppe - Untätigkeit der Rechtsmittelbehörde - ist unproblematisch. Wenn die Rechtsmittelbehörde untätig bleibt, so entfällt das Vorverfahren. Verwaltungsakt oder Weigerung bleiben übrig. Diese Fallgruppe ist daher wie Fallgruppe 1 und 2 zu regeln.

Die Klage gegen den negativen Verwaltungsakt (Fallgruppe 1) ist Vornahmeklage oder Aufhebungsklage oder beides. Auf jeden Fall ist sie eine nachträgliche Verwaltungsstreitsache. In der von dieser Klageform erfaßten Fallgruppe kann die vorbeugende Feststellungsklage nicht eingreifen. Denn sie ist stets ursprüngliche Verwaltungsstreitigkeit.

Die Weigerungsgegenklage (Fallgruppe 2) und die nahe verwandte Untätigkeitsklage (Fallgruppe 3) richten sich gegen das formelle Verhalten der Behörde. Da das Verwaltungsgericht nicht anstelle der Behörde handeln darf, kann es die Behörde nur verurteilen, formell tätig zu werden. Welche formelle Tätigkeit der Behörde kann das Verwaltungsgericht erzwingen? Ein beliebiges öffentlich-rechtliches Handeln? Einen Verwaltungsakt oder nur ein schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge?

Das VGG hat die Weigerungsgegenklage und die Untätigkeitsklage den Aufhebungsklagen zugeordnet und diese Klageformen unter dem Oberbegriff "Anfechtungssachen" zusammengefaßt.[1] Das gilt auch für die anderen VVO. Diese Einordnung ist rechtssystematisch richtig. Die Aufhebungsklage, die Weigerungsgegen-

1) Vgl. Bachof, Vornahmklage, S.38,39;

klage und die Untätigkeitsklage sind strukturgleich. Bei ihnen hat das Verwaltungsgericht nicht die Aufgabe, Recht zu finden, sondern die Rechtsfindung der Behörde nachzuprüfen.[1] Diese Klageformen sind nachtragliche Verwaltungsstreitsachen. Aus der Zuordnung zu den Anfechtungssachen folgt aber weiter: sie können nur Verwaltungsakte erzwingen wollen. Die Aufhebungsklage wendet sich gegen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt. Die Weigerungsgegenklage und die Untatigkeitsklage richten sich auf Erlaß eines rechtmaßigen Verwaltungsaktes. Die Aufhebungsklage gestaltet negativ: sie will einen rechtswidrigen Verwaltungsakt beseitigen. Die Vornahmeklage wirkt positiv: sie will einen rechtmäßigen Verwaltungsakt erzwingen.

IV.
Das Ergebnis

Aus der systematischen Eingruppierung ergibt sich für die Abgrenzung der Vornahmeklagen von der positiven vorbeugenden Feststellungsklage: Wenn der Klager einen Verwaltungsakt begehrt, dann muß er die Vornahmeklage wahlen. Die vorbeugende Feststellungsklage ist für diese Fälle nicht zulassig. Daraus ergibt sich umgekehrt: Will der Klager ein künftiges schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge erreichen, dann kann ihm dafür die Vornahmeklage nicht zur Verfügung stehen. Als Rechtsschutzmittel kann in diesem Fall möglicherweise die vorbeugende Feststellungsklage dienen. Mit anderen Worten: die vorbeugende Feststellungsklage ist, soweit sie positive Leistungen begehrt, also als positive vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhaltnis ausgeschlossen. Die positive vorbeugende Feststellungsklage kann nur im Gleichordnungs- und im Grenzbereich in Betracht kommen.

---

1) Vgl. Menger, System, S.207,208;

§ 18

Die vorbeugende Feststellungsklage und die Unterlassungsklage

I.

Allgemeines

Das Ziel der vorbeugenden Feststellungsklage, drohende Verwaltungsakte oder drohendes schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge zu verhindern, könnte auch die Unterlassungsklage erreichen. Die Unterlassungsklage ist Leistungsklage. Da grundsätzlich eine Feststellungsklage nicht zulässig ist, wenn eine Leistungsklage gegeben ist, könnte es scheinen, daß aus diesem Grund die vorbeugende Feststellungsklage unzulässig sei und sich daher weitere Untersuchungen erübrigen.

Die Unterlassungsklage im Verwaltungsprozeß ist jedoch sehr umstritten. Insbesondere sind drei Fragen problematisch:

1) Gibt es im Verwaltungsprozeß eine Unterlassungsklage?
2) Wenn ja: Auf welche Vorschrift stützt sich die Unterlassungsklage?
3) Ist die Zwangsvollstreckung aus dem Unterlassungsurteil möglich?

Diese Fragen sollen im folgenden untersucht werden.

II.

Die Unterlassungsklage und das Aktionensystem

1. Das Problem

Die VVO kennen als Klagetypen: Aufhebungsklage, Vornahmeklage und Feststellungsklage. Daneben stehen die anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Bei dieser Sachlage sind zwei Möglichkeiten denkbar: Entweder sind damit die verwaltungsprozessualen Klagetypen abschliessend umschrieben. Dann folgt daraus: da die Unterlassungsklage nicht ausdrücklich genannt ist, muss sie unzulässig sein. Oder der Gesetzgeber hat nur Beispiele genannt und durch den Begriff "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" weitere Klagetypen, also auch die Unterlassungsklage ermöglichen wollen. Die Fragestellung lautet daher: Haben die VVO das Aktionensystem eingeführt?

2. Der Begriff "Aktionensystem"

Aktionensystem bedeutet: nur diejenigen materiellen Ansprüche sind verwaltungsgerichtlich verfolgbar, für die das Verwaltungsprozeßrecht eine actio gewährt. Dagegen eröffnet die Generalklausel jedem materiellen Anspruch den Verwaltungsrechtsweg. Hieran zeigt sich der Unterschied zwischen materiellem und formellem Recht.

Das Aktionensystem hat mit dem Enumerationsprinzip gemeinsam, dass beide grundsätzlich den Verwaltungsrechtsweg verschliessen und ihn nur in ausdrücklich genannten Fällen zulassen. Beide unterscheiden sich in folgendem: das Aktionensystem schützt bestimmte subjektive Rechte. Das Enumerationsprinzip wehrt bestimmte Hoheitsakte ab. Beim Aktionensystem kommt es nicht auf die Art des Eingriffs, beim Enumerationsprinzip nicht auf die Art des Rechtsguts an: Daraus folgt weiter: beim Enumerationsprinzip steht nicht fest, ob einer bestimmten Rechtsverletzung mit der

Klage begegnet werden kann. Von zwei Handlungen, die beide dasselbe Recht verletzen, braucht nur eine den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen.[1]

3. Das Aktionensystem im Verwaltungsprozess.

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob die VVO auf dem Aktionensystem beruhen. Das OVG Hamburg[2] hat behauptet, eine Klage auf Unterlassung von Verwaltungsakten sei dem geltenden Recht unbekannt. Das Gesetz kenne im Zusammenhang mit Verwaltungsakten nur drei Arten von Klagen: die Anfechtungsklage nach § 22, die Feststellungsklage nach § 52 und die auf Verpflichtung zu positiver Leistung gerichtete Verpflichtungsklage, nicht aber auch eine Unterlassungsklage. Das sei nicht etwa eine Lücke des Gesetzes, vielmehr habe der Gesetzgeber der VO 165 die Unterlassungsklage im Katalog der Klagen ausschliessen wollen. Die gleiche Auffassung hat das OVG Münster[3] geäussert. Auch das BVerwG[4] hat sich dieser Meinung - allerdings ohne Begründung - angeschlossen.[5]

Demgegenüber sind z.B. nach Walter Jellinek[6] und Loening[7] die Generalklauseln echte Gegenstücke zu § 13 GVG. Da § 13 GVG kein Aktionensystem kennt, folgt daraus: auch die VVO haben kein Aktionensystem. Vielmehr wirke sich die inhaltlich umfassende Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte " in allen formell denkbaren Spielarten aus"[8].

Der letzteren Auffassung ist zuzustimmen.

Baumbach-Lauterbach [9] führen zutreffend aus:

---

1) Vgl. Weyreuther, Unterlassungsklage, S. 85 ff;
2) OVG Hamburg vom 27. September 1951, MDR 1952, S. 186 ff;
3) OVG Münster vom 8. Februar 1957, NJW 1957, S. 1251;
4) BVerwG vom 9. Mai 1957, MDR 1957, S. 503 ff;
5) Vgl. auch Klinger, Kommentar, § 24 Anm. A, Fußnote 132 S. 181;
6) Walter Jellinek, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948 S. 271;
7) Loening, Die VO 165 und der Rechtsstaat, DV 1949, S.86 ff;
8) Vgl. Walter Jellinek aaO;
9) Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, Einl. III 5;

"Prozeßrecht ist Zweckmäßigkeitsrecht. Begriffjurisprudenz und Förmelei sind im Prozeß besonders unangebracht. ..... Der Umkehrschluss, sog. argumentum e contrario, ist eines der gefährlichsten Auslegungsmittel und enthält oft einen logischen Fehlschluss." Wenn die VVO [1] die Unterlassungsklage nicht ausdrücklich nennen, so folgt daraus nicht zwingend, dass eine Unterlassungsklage schlechthin unzulässig sein muss. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Gerichtszweige fordert vielmehr, dass die Verwaltungsgerichte grundsätzlich auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts[2] die gleiche umfassende Zuständigkeit haben wie die Zivilgerichte auf dem Gebiet des Privatrechts und dass den Verwaltungsgerichten innerhalb der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten dieselben verfahrensrechtlichen Möglichkeiten gegeben sind wie den Zivilgerichten in ihrem Bereich. Das Reichsgericht[3] hat in jahrzehntelanger Rechtssprechung die vorbeugende Unterlassungsklage für den Zivilprozeß entwickelt. Deshalb muss sie auch im Verwaltungsprozeß -schon nach dem Gleichwertigkeitssatz- zulässig sein. Ist in einem besonderen Fall die Unterlassungsklage prozeßökonomisch, dann muss sie der Kläger auch erheben können. Das soll de lege ferenda ausdrücklich klargestellt werden. In der amtlichen Begründung zum EVwGO heisst es: "Der Entwurf zählt die verschiedenen Klagearten auf, um nicht durch die ausdrückliche Erwähnung der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage .... den Rückschluß zu gestatten, dass neben der Feststellungsklage nur diese Arten der Gestaltungsklage zugelassen seien und die Leistungsklage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausgeschlossen sei.[4]

---

1) Abgesehen von § 88 VGG;
2) Soweit es sich nicht um verfassungsrechtliche Streitigkeiten handelt oder besondere Verwaltungsgerichte oder die ordentlichen Gerichte zuständig sind.
3) Vgl. Geipel, Die vorbeugende Unterlassungsklage, S.9 ff;
4) Vgl. Bundestagsdrucksache Nr.55, 3.Wahlperiode, S.31;

III.
Die verwaltungsprozessuale Grundlage der Unterlassungsklage

1.Das Problem

Es gibt zwei Möglichkeiten, um die Unterlassungsklage in das System der verwaltungsgerichtlichen Klageformen einzuordnen:

1) Die Unterlassungsklage kann als Anfechtungsklage begriffen werden, oder
2) sie wird als "andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts" angesehen.

Die Lehre erörtert beide Wege.

2.Die Unterlassungsklage als Anfechtungsklage

Weyreuther[1] ordnet die Unterlassungsklage den Anfechtungssachen zu. Er geht davon aus, daß der Begriff "Anfechtungssachen" nicht nur die Anfechtungssachen im technischen Sinne, sondern auch die Vornahmesachen umfasse. Der Begriff "Anfechtung" ist für ihn daher ein weiter Begriff. Er faßt ihn soweit, daß er darunter auch Unterlassungsklagen versteht. Die Unterlassungsklage hält er überall dort für zulässig, wo nach Vornahme des Eingriffes die Anfechtungsklage gegeben wäre. Er meint, bei beiden Klagen gehe es um die gleichen Rechte. Die Klage auf Unterlassung mache sie in ihrer Ausgangsform, die Anfechtungsklage nach erfolgter Umwandlung in einen Unterlassungsanspruch geltend.

---

1) Weyreuther, Unterlassungsklage, S.68 ff;

Auch die übrigen Voraussetzungen der Unterlassungsklage als Anfechtungssache hält er für gegeben.

Die Anfechtungsklage verlangt, daß der Kläger in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Weyreuther versteht unter Beeinträchtigung nicht nur eine Rechtsverletzung. Er hält eine konkrete Rechtsgefährdung für ausreichend. Daher kann er einen drohenden Eingriff als Beeinträchtigung ansehen.

Die Anfechtungsklage verlangt weiter das Vorliegen eines durch einen Verwaltungsakt erfolgten Eingriffes. Um dieses Erfordernis bei der Unterlassungsklage feststellen zu können, trennt er zwei Stadien: die Rechtsgefährdung, die durch das Verhalten der Behörde (Ankündigung, Drohung oder bereits geschehene Rechtsverletzung) zum Ausdruck kommt, und die eigentliche Rechtsverletzung durch einen Verwaltungsakt. Die Klage auf Unterlassung, so führt er aus, richte sich gegen den zukünftigen Akt, der die vorher aufgezeigte Gefährdung in die Tat umsetze. Er müsse die Rechtsverletzung enthalten und tue dieses vor seinem Erlasse durch den Schatten, den er in der Form der Gefährdung voraus werfe. Nicht die Ankündigung und die in ihr zutage getretene Gefährdung solle unterlassen werden, sondern der zukünftige Akt. Er kommt zu dem Schluß: wenn dieser Akt ein Verwaltungsakt ist, ist die Unterlassungsklage gegeben.

Von diesem Ausgangspunkt aus muß er für die Unterlassungsklage Vorverfahren und Fristen verlangen.

Seine Auffassung begegnet erheblichen Bedenken.

Formal-logisch ist zwar gegen diese Ansicht nichts einzuwenden. Wenn er den Begriff "Anfechtung von Verwaltungsakten" in einem weiten Sinn versteht, so kann er sich auf § 35 Abs. 2 VGG berufen, der die Verpflichtungsklage ausdrücklich als Anfechtungsklage bezeichnet. Auch Menger [1] betrachtet die Vornahmeklage als eine Anfechtungsklage. Das Besondere der Vornahmeklage sei lediglich, daß die Anfechtung hier gleichsam mit umgekehrten Vorzeichen vonstatten gehe. Wenn Weyreuther dann noch weiter geht und die Unterlassungsklage den Anfechtungsklagen im weiteren Sinne zurechnet, so ist bei isolierter Betrachtung formallogisch auch dagegen nichts einzuwenden. Ferner ist die Gleichsetzung von Rechtsverletzung und Rechtsgefährdung möglich. Insoweit kann der Autor sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur vorbeugenden Unterlassungsklage berufen. Ihm ist endlich zuzustimmen, sofern er die Unterlassungsklage nicht gegen die Ankündigung, sondern gegen den bevorstehenden Verwaltungsakt gerichtet sehen will.

Bedenken liegen aber in folgendem:

Die VVO unterscheiden zwischen ursprünglichen und nachträglichen Verwaltungsstreitsachen. Streitgegenstand der ursprünglichen Verwaltungsstreitsache kann eine drohende potentiell verbindliche Entscheidung sein, während die nachträgliche Verwaltungsstreitsache stets nur eine potentiell verbindliche Entscheidung zum Gegenstand hat. Die Unterlassungsklage wendet sich gegen einen drohenden Verwaltungsakt. Noch liegt darüber aber keine potentiell verbindliche Entscheidung vor. Die Unterlassungsklage kann.

---

1) Vgl. S. 121ff dieser Abhandlung;

daher nur ursprüngliche Verwaltungsstreitsache sein. Wenn Weyreuther die Unterlassungsklage unter dem einheitlichen Oberbegriff "Anfechtungssachen" einbezieht, dann verbindet er in einem Begriff ursprüngliche und nachträgliche Verwaltungsstreitsachen und verwischt damit die Strukturunterschiede. Das hat weitere Folgen: Weyreuther kann die Unterlassungsklage nur zulassen, sofern ein Vorverfahren stattgefunden hat. Wenn ein Einspruchs- oder Beschwerdebescheid vorliegt, muß der Kläger nach Weyreuther den drohenden Verwaltungsakt und den Einspruchsbescheid anfechten: in dem gleichen Verfahren ist der Blick des Richters einmal nach vorn - bei der Unterlassungsklage - und einmal rückwärts - bei der Anfechtung der Rechtsmittelentscheidung - gerichtet. Außerdem kann der Einspruch den drohenden Verwaltungsakt nicht verhindern. Der Richter müßte eine einstweilige Verfügung erlassen können, wenn die Hauptsache an ihn herangetragen wird. Das ist aber wiederum ohne Vorverfahren nicht möglich. Weyreuther engt also die Unterlassungsklage als ursprüngliche Verwaltungsstreitsache unnötig ein und nimmt ihr dadurch einen großen Bereich ihrer Wirkung.

Weyreuthers Auffassung würde ferner dazu führen, daß mit Unterlassungsklagen nur drohende Verwaltungsakte abgewendet werden können. Zwar ist der Verwaltungsakt noch Zentralbegriff des öffentlichen Rechts. Die Hoheitsträger haben jedoch in weitem Umfang eine schlicht hoheitliche Tätigkeit (Maßnahmen der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge) entfaltet. Dieses Wirken kann in die Existenz des Bürgers eingreifen. Auch in diesem Bereich benötigt der Bürger umfassenden Schutz, soll die Forderung des Artikels 19 Abs. 4 GG verwirklicht werden.

2. Die Unterlassungsklage als andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts

Rupp[1] ordnet dagegen die Unterlassungsklage dem Begriff "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" unter. Diese Auffassung ist bestritten. Lehre und Rechtsprechung legen den Begriff "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" in einem engeren und einem weiteren Sinne aus.

Die engere Auffassung versteht unter "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" nur materielle Parteistreitigkeiten. Sie kann sich darauf berufen, daß der Begriff "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" in § 42 VO 165 auf § 9 des Hamburgischen Gesetzes vom 2.November 1921 zurückgeht. In Hamburg hat man damals nur solche Streitigkeiten darunter verstanden, bei denen eine materielle Gleichordnung der Beteiligten vorlag. Das soll auch für die jetzigen VVO gelten.[2]

Die weitere Auffassung stützt sich auf den Wortlaut. Es heißt im Gesetz "die Anfechtung von Verwaltungsakten sowie über andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts". Die Anfechtung von Verwaltungsakten ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Das Wort "andere" bedeutet dann: andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts sind alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten mit Ausnahme der Anfechtungssachen, soweit die Verwaltungsgerichte zuständig sind.

Dieser weiteren Auffassung ist zuzustimmen.

Es kommt nicht darauf an, was der Gesetzgeber wollte, sondern wie er den Rechtssatz formulierte und ob die Gesetzesfassung eine vernünftige Regelung der tatsächlichen Verhältnisse ermöglicht. Durch die weitere Auslegung erhält im öffentlichen

---

1) Rupp, Beseitigungs- und Unterlassungsklage, DVBl.1958 S.120;
2) Vgl. z.B. Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg, S.43 und Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone, S.38; Weyreuther, Unterlassungsklage, S.68 ff;

Recht die verwaltungsgerichtliche Generalklausel eine Parallelbedeutung zu § 13 GVG. Erst dadurch wird die Zuständigkeit beider Gerichtsbarkeiten gleichwertig.[1)]

IV.

Der Vergleich der Unterlassungsklage mit der vorbeugenden Feststellungsklage

Bestehen daher keine Bedenken, die Unterlassungsklage dem Begriff "andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" unterzuordnen und die Unterlassungsklage sowohl im Gleichordnungs- als auch im Subjektionsverhältnis zuzulassen, so ist zu prüfen, worin die Unterlassungsklage von der vorbeugenden Feststellungsklage abweicht, denn beide haben das gleiche Ziel: Abwehr von rechtswidrigen öffentlich-rechtlichen Handlungen. Beide Klagetypen unterscheiden sich in drei Punkten:

1) im Tenor:
Er lautet bei der Unterlassungsklage: Der Beklagte wird verurteilt, ... zu unterlassen.

Bei der vorbeugenden Feststellungsklage heißt es:
Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, ... zu unterlassen.

2) im Streitgegenstand:
Er ist bei der Unterlassungsklage ein subjektiv-öffentliches Recht, bei der vorbeugenden Feststellungsklage ein öffentliches Rechtsverhältnis.

---

1) Vgl. BVerwG vom 29. Juni 1957, DÖV 1958 S.125; ferner OVG Münster vom 24. November 1953, DÖV 1954 S. 187: Unter den "anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" i.S. von § 22 MRVO 165 sind nicht nur Parteistreitigkeiten zu verstehen." OVG Münster vom 17 April 1957, DÖV 1958 S.180; OVG Lüneburg vom 24. September 1954, NJW 1955 S.117; OVG Lüneburg vom 22.Oktober 1952, DVBl. 1953 S. 150; LVG Schleswig vom 23.Dezember 1954, MDR 1955 S. 569 ff; Rehnert Andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, DÖV 1958 S. 251;

3) In der Vollstreckbarkeit:
Das Unterlassungsurteil ist vollstreckbar, das vorbeugende Feststellungsurteil dagegen nicht.

Die verschiedene Formulierung des Tenors bei der Unterlassungsklage und der vorbeugenden Feststellungsklage ist im Hinblick auf das Ziel beider Klagen - die Unterlassung rechtswidriger öffentlicher Handlungen - unerheblich. Auch im Streitgegenstand ist kein Unterschied festzustellen, denn jedes öffentliche Rechtsverhältnis enthält zugleich subjektiv-öffentliche Rechte. Der Begriff "Rechtsverhaltnis" ist gegenüber dem Begriff "subjektiv-öffentliche Rechte" der weitere Begriff. Der einzige Unterschied ist daher die Vollstreckbarkeit. Es ist deshalb die Frage zu untersuchen, ob hierin wirklich ein Unterschied besteht, ob also die Zwangsvollstreckung im öffentlichen Recht möglich ist, und welchen Umfang sie haben kann.

V.
Die Vollstreckbarkeit als Unterschied

Die Zwangsvollstreckung im öffentlichen Recht ist problematisch aus dogmatischen, verfahrensrechtlichen und praktischen Gründen.

1.Die Zwangsvollstreckung im öffentlichen Recht als dogmatisches Problem

Dogmatisch werden gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung insbesondere drei Gründe ins Feld geführt:

Einmal wird behauptet, Zwangsanwendung gegen den Staat sei grundsätzlich verboten.[1] Die Zwangsvollstreckung im öffent-

1) So v.Turegg, Verwaltungsrecht, S.235;

lichen Recht widerspräche dem Grundsatz der Gewaltenteilung.[1)]

Die Gewaltenteilung ist aber nicht streng durchgeführt. Das GG hat sie nur als organisatorische Funktionentrennung verwirklicht. Außerdem wäre dieser Einwand nur dann berechtigt, - darauf weist Bachof[2)] zutreffend hin - wenn das Verwaltungsgericht die Zwangsvollstreckung vornimmt, nicht dagegen wenn die Zwangsvollstreckung der Verwaltung selbst obliegt.

Zum zweiten wird die Ansicht vertreten, die Zwangsvollstreckung gegen den Staat sei begrifflich unmöglich. Der Staat könne - so hat Otto Mayer[3)] ausgeführt - vor den ordentlichen Gerichten Recht genommen haben und rechtskräftig zur Zahlung verurteilt worden sein; in gleicher Weise könne durch verwaltungsgerichtliches Urteil oder in einem einfachen Verwaltungsverfahren eine Zahlungspflicht gegen ihn ausgesprochen worden sein wie gegen einen Untertanen, an sich bestimmt, mit den Zwangsmitteln der ZPO oder des administrativen Zwangsbeitreibungsverfahrens von dem Schuldner herausgeholt zu werden. Wenn es aber soweit sei, dann schlage das Verfahren auf einmal um: es zeige sich, daß der Schuldner, der bisher wie ein gewöhnlicher Privatmann erscheine, doch kein solcher sei. Er sei nur einem solchen gleich behandelt worden, um die Sache in einer Recht und Gerechtigkeit sichernden Form von überzeugender Zweckmäßigkeit zur Entscheidung zu bringen. Wenn es ernsthaft an den Zwang gehe, ergebe sich der Widersinn, daß der Hort des Rechts im Namen dieses Rechtes mit äußerem Zwang dazu gebracht werden solle, sein Recht zu achten: gegen den Staat griffen die gewöhnlichen Zwangsmittel nicht Platz.

Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden.

Die Zwangsvollstreckung gegen den Staat ist begrifflich möglich. Nicht der Staat soll gegen sich selbst vollstrecken,

---

1) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S.150 ff; siehe ferner Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. 2 S. 487 ff;
2) Vgl. Bachof aaO;
3) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S.381;

sondern ein Staatsorgan soll gegen ein anderes Staatsorgan eine Vollstreckungshandlung vornehmen. Das sieht die Rechtsordnung verschiedentlich vor. Z.B. kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates im Wege des Bundeszwanges die notwendigen Maßnahmen treffen, um ein Land, das die ihm nach dem GG oder einem anderen Bundesgesetz obliegenden Bundespflichten nicht nachkommt, zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.[1] Oder eine Kommunalaufsichtsbehörde kann gegen eine gesetzwidrig handelnde Selbstverwaltungskörperschaft bestimmte Handlungen zwangsweise durchsetzen.[2]

Otto Mayers Ansicht ist auch nicht folgerichtig. Er gewährt zwar dem Einzelnen im Erkenntnisverfahren Rechtsschutz. Das ist aber unvollkommen, wenn der Kläger das Urteil nicht durchsetzen kann. Die Zwangsvollstreckung erst sichert den umfassenden Rechtsschutz, den Artikel 19 Abs. 4 GG verlangt.

Der obsiegende Kläger verletzt nicht den "Hort des Rechts." Das Staatsorgan schädigt sein Ansehen vielmehr selbst, wenn der Kläger die Zwangsvollstreckung tatsächlich beantragen muß. Das kann das Staatsorgan vermeiden, indem es dem Urteilsspruch gehorcht.[3]

Drittens wird geltend gemacht: die Zwangsvollstreckung könne gegen höhere Belange der Allgemeinheit verstoßen und müsse dann aus Gründen der Staatsräson zurücktreten.

Auch dieser Einwand kann nicht durchgreifen. In einem Rechtsstaat sind die höchsten Belange der Allgemeinheit identisch mit der Wahrung des Rechts. Das ist nur gewährleistet, wenn auch die Behörden die verwaltungsgerichtlichen Urteile befolgen. Entzieht sich eine Behörde kurzsichtig wegen eines

---

1) Vgl. Artikel 37 GG;
2) Vgl. z.B. § 130 Nds Gemeindeordnung vom 4.März 1955 (Nds GVBl. S. 55);
3) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S.151,152; Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, DVBl. 1950 S.555; Bundestagsdrucksache Nr. 55, 3.Wahlperiode, S.49;

augenblicklichen Vorteils aus angeblichen Gründen der Staatsräson einem vollstreckbaren Urteil, so erzielt sie damit letzten Endes nur einen tiefgreifenden Vertrauensschaden, der in einem Rechtsstaat schwer zu buche schlägt.[1)]

2.Die Zwangsvollstreckung im öffentlichen Recht als verfahrensrechtliches Problem

Das öffentliche Zwangsvollstreckungsrecht ist uneinheitlich und unübersichtlich. Das VGG regelt die Zwangsvollstrekkung nicht. Lediglich nach § 112 Abs. 2 VGG kann der VGH in Parteistreitigkeiten das erstinstanzliche Urteil auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklären. § 108 VO 165 und § 98 Rh.-Pf. VGG nehmen auf das Landesrecht Bezug.

Damit gilt das bisherige Zwangsvollstreckungsrecht weiter. Nur wenige Länder z.B. Bremen[2)], Hamburg[3)] und Hessen[4)] verweisen mit ihren Vorschriften ausdrücklich auf die ZPO. In den anderen Ländern gibt es kein Mittel, um die Unterlassung einer Amtshandlung entsprechend § 890 ZPO zu erzwingen.[5)6)] Deswegen sind die Verwaltungsgerichte vereinzelt dazu über-

---

1) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S.153,154;
2) In Bremen sind nach Artikel 8 Abs. 3 der 3.AVO zum VGG vom 25.November 1947 §§ 883 - 892 ZPO anzuwenden;
3) In Hamburg gelten nach §§ 41 Abs. 1, 50 Abs. 1 VGG vom 2. November 1921 (GVBl.S.585) die Vorschriften des 8.Buches der ZPO;
4) In Hessen finden nach § 128 VerwRpflG auf die Erzwingung einer Herausgabe, einer Handlung oder Unterlassung §§ 883 - 892 ZPO entsprechende Anwendung;
5) Das sehen z.B. in Bayern Artikel 10 und 11 AVO Nr.85, in Braunschweig § 42 VerwRpflG vom 5.März 1895 (GuVO S.79), in Oldenburg § 69 VGG vom 9.Mai 1906 (GS Bd. 35 S.693), in Baden-Württemberg Nr.12 AVO Nr.147 vom 11.Februar 1947 (RegBl.S.2), welche die Zwangsvollstreckung regeln, nicht vor.
6) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S.156; Bunte, Parteistreitigkeit, S.200; Klinger, Kommentar, § 108 S.604;

gegangen, eine Erzwingungsstrafe nach Artikel 19 Abs. 4 GG festzusetzen.[1)]

3.Die Zwangsvollstreckung im öffentlichen Recht als praktisches Problem

Der Gesetzgeber hat bisher das Vollstreckungsrecht für verwaltungsgerichtliche Urteile vernachlässigen können,weil die Verwaltungsbehörden im allgemeinen verwaltungsgerichtliche Urteile befolgten.[2)] Seit 1945 droht aber neben der Unübersichtlichkeit des Vollstreckungsrechts für verwaltungsgerichtliche Urteile eine weitere Gefahr: die Behörde kann sich trotzdem weigern, dem Urteil zu gehorchen, und die verbotene Amtshandlung dennoch vornehmen. Der Kläger hat zwar gewisse Ersatzmittel, um das Unterlassen zu erzielen, z.B. Selbsthilfe, Anrufen der Aufsichtsbehörde, der Volksvertretung, der Staatsgerichtsbarkeit, Mobilisierung der öffentlichen Meinung durch die Presse, Amtshaftungsklage, Dienstaufsichtsbeschwerde usw.[3)] Sie bieten aber keine Gewähr dafür,daß der Kläger in jedem Fall das rechtskräftige Urteil durchsetzen kann. Das zeigt z.B. der Fall der Rotwegsiedlung.[4)]

---

1) Z.B. LVG Arnsberg vom 31. Oktober 1957, NJW 1958 S.116: "..... Die gesetzliche Grundlage hierfür liegt in Artikel 19 Abs. 4 GG. Danach steht demjenigen, dessen Rechte durch die öffentliche Gewalt verletzt werden, der Rechtsweg offen. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, dem Bürger einen vollkommenen Rechtsschutz zu gewähren.Dieses grundgesetzlich verankerte Recht wäre unvollständig und nur theoretischer Natur, wollte man der Auffassung sein, daß damit einem durch die obrigkeitliche Gewalt Betroffenen lediglich die Möglichkeit gegeben werden sollte, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, ohne daß er auch in die Lage versetzt würde, eine durch Urteil ausgesprochene Verpflichtung der Behörde durchzusetzen. ..... Die vorliegende Gesetzeslücke muß unter diesen Umständen durch Anwendung der entsprechenden Vorschriften der ZPO geschlossen werden ....."
2) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S. 61;
3) Vgl. Bachof, Vornahmeklage, S.150; Scherer, Durchsetzung, S. 1 ff;
4) Vgl. S.4 Scherers Abhandlung;

VI.
Das Ergebnis

Die Unterlassungsklage unterscheidet sich nur durch die Vollstreckbarkeit von der vorbeugenden Feststellungsklage. Da das Vollstreckungsrecht unübersichtlich und lückenhaft geregelt ist, sowie die Vollstreckbarkeit nicht in jedem Fall die Durchsetzung des verwaltungsgerichtlichen Urteils sicher stellt, haben Unterlassungsklage und vorbeugende Feststellungsklage für den Kläger praktisch die gleiche Bedeutung. Ob der Klager die eine oder die andere Klage erheben kann, ist damit letzten Endes eine Frage des Rechtsschutzinteresses. Der Kläger kann also eine vorbeugende Feststellungsklage erheben, wenn er ein Feststellungsinteresse hat. Insoweit darf auf die Ausführungen S. 8 ff dieser Abhandlung verwiesen werden.

§ 19
Die vorbeugende Feststellungsklage und die einstweilige Verfügung

I.
Die Fragestellung

Die einstweilige Verfügung sichert die Verwirklichung des Rechts oder regelt vorläufig einen Zustand. Sie will einer für den Antragsteller nachteiligen Veränderung der bestehenden Lage vorbeugen. Sie ist daher ein Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes. Nur das BVerwGG[1] und Rh.-Pf. VGG[2] sehen die einstweilige Verfügung (Anordnung) vor. Die anderen VVO regeln sie nicht ausdrücklich. Es sind deshalb folgende Fragen zu untersuchen:

1) Ist die einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß zulässig, soweit sie nicht ausdrücklich geregelt ist, und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

2) In welchem Verhältnis steht sie zur vorbeugenden Feststellungsklage?

II.
Die einstweilige Verfügung

1. Das grundsätzliche Problem

Die einstweilige Verfügung ist im Verwaltungsprozeß äußerst umstritten.[3] Eine einheitliche Meinung hat sich noch nicht ge

---

1) Vgl. § 30 BVerwGG;
2) Vgl. § 64 Rh.-Pf. VGG;
3) Eine einstweilige Verfügung halten z.B. im Bereich des VGG für zulässig: Bachof, Vornahmeklage, S.44, NJW 1949 S.328; Eyermann-Fröhler, Kommentar, § 51 Anhang I 3 b für Parteistreitigkeiten; Haueisen, Der vorläufige Rechtsschutz, NJW 1953 S.1165 ff (1168); VGH Württemberg-Baden vom 31.März 1949, NJW 1949 S.839; VGH Hessen vom 18.März 1952, NJW 1953 S.200; für unzulässig: Müller-Heidelberg, Aussetzung, NJW 1949 S.814 für Anfechtungssachen; v.Turegg, Verwaltungsrecht, S. 270;

bildet.[1]

Die einstweilige Verfügung muß im Verwaltungsprozeß zulässig sein. Das ergibt sich aus Artikel 19 Abs. 4 GG. Diese Grundgesetzbestimmung will einen wirksamen Rechtsschutz gewährleisten. Dieser ist aber dann nicht gegeben, wenn die gerichtliche Maßnahme zu spät kommt. Mit dem Ansehen der Verwaltungsgerichte wäre es unverträglich, wenn ihre Entscheidungen an einer vollendeten Tatsache nichts mehr ändern könnten. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen eine einmalige, nicht wiederholbare Maßnahme bevorsteht oder eine Maßnahme sofort zur vollen Geltung kommt.[2] Dann kann eine gerichtliche Entscheidung nur noch ausgleichen, nicht aber mehr vorbeugen. Eine andere Frage ist allerdings, ob hier nicht höhere Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiel stehen. Das ist in bestimmten Fällen denkbar, berührt aber nicht die grundsätzliche Frage, ob die einstweilige Verfügung zulässig ist. Welche Fälle ausscheiden, welcher Maßstab anzulegen ist, kann hier dahingestellt bleiben.

Die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung ergibt sich

Fortsetzung der Anm. von S.142 dieser Abhandlung: im Bereich der VO 165 für zulässig: Bachof, Vornahmeklage, S.52; Klinger, Kommentar, § 51 Anm. B, S. 243 ff; OVG Münster vom 10. Oktober 1957, NJW 1958 S.354 ff; vom 13.November 1957, NJW 1958 S.1555; vom 21.November 1957, DVBl.1958 S.107; für unzulässig: Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone, S.66; van de Sandt, Kommentar, § 51 Anm. 6 S.116; v.Werder-Labs-Ortmann, Kommentar, § 51 Anm. III S. 130; OVG Lüneburg vom 20.November 1951, MDR 1952 S.249;

1) Das alte Recht sah nur in Oldenburg (§ 62 VGG vom 9.Mai 1906 - GVBl. Bd.35 S.693, Bd.53 S.37) und Hessen (§ 69 VerwRpflG von 1911) eine einstweilige Verfügung durch den Vorsitzenden des Verwaltungsgerichts vor. Hamburg kannte einen "Vorbescheid", der gelegentlich eine einstweilige Verfügung war; Bayern hatte "vorsorgliche Maßregeln", Preußen "vorsorgliche Verfügungen" in Sonderfällen. Vgl. dazu Bunte, Parteistreitigkeit, S.130 Anm. 2; Klein, Einstweilige Verfügung, DVBl. 1950 S. 200 ff, 229 ff;

2) So BVerfG in NJW 1958 S.987 (Einstweilige Anordnung gegen die Durchführung des Hamburger Gesetzes betr. die Volksbefragung über Atomwaffen vom 9.Mai 1958 - GVBl.S.141 -); vgl. auch BVerfG NJW 1956 S.1673;

auch aus Artikel 19 Abs.4 Satz 2 GG. Wenn in bestimmten Fällen das Verwaltungsgericht nicht zuständig ist, dann ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben. Diese Gerichtsbarkeit kennt aber die einstweilige Verfügung. In diesen Fällen hätte der Kläger mehr Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitsachen vor den Zivilgerichten als vor den Verwaltungsgerichten, deren Aufgabe es sein soll, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Recht zu sprechen und so die Verwaltung zu kontrollieren.

Die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung ergibt sich weiter aus dem BVerwGG. Sie ist im ersten und letzten Rechtszug möglich, obwohl hier - jedenfalls in der Regel - wegen der Stellung der streitenden Parteien weit höhere öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen als in den unteren Bereichen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Auch der EVwGO sieht eine einstweilige Verfügung vor,[1] weil sie im Verwaltungsprozeß unentbehrlich ist. In der amtlichen Begründung heißt es: Insbesondere in den sogenannten Parteistreitigkeiten, die sowohl in materieller wie in prozessualer Hinsicht den Zivilstreitigkeiten häufig ähnlich gelagert seien, könne auf eine einstweilige Verfügung nicht verzichtet werden, wenn in manchen Fällen die Verwirklichung des Rechts nicht überhaupt vereitelt werden solle. Ebenso wie im Zivilrecht könnten auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Anordnungen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes erforderlich werden. Aber auch im Rahmen eines Subordinationsverhältnisses könne sich eine vorläufige Regelung durch einstweilige Verfügung als notwendig erweisen.

Diese Erwägungen müssen auch de lege lata gelten.

---

1) Vgl. § 122 EVwGO; der Entwurf bezeichnet sie als "einstweilige Anordnung";
2) Vgl. Bundestagsdrucksache Nr. 55, 3.Wahlperiode, S.44;

2. Das verfahrensrechtliche Problem

Es ist weiter sehr zweifelhaft, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen die einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß zulässig ist. Diese Frage braucht für die Abgrenzung zwischen vorbeugender Feststellungsklage und einstweiliger Verfügung nicht näher erörtert zu werden.

Der Verwaltungsrichter wird sicherlich eine einstweilige Verfügung nur dann erlassen können, wenn er für die Hauptsache zuständig ist und die Klage nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist.[1)]

III.

Der Vergleich der einstweiligen Verfügung mit der vorbeugenden Feststellungsklage

Von diesen Fällen abgesehen, unterscheiden sich einstweilige Verfügung und vorbeugende Feststellungsklage in folgendem:

Der Verwaltungsrichter entscheidet über die einstweilige Verfügung durch Beschluß, dagegen über die vorbeugende Feststellungsklage durch Vorbescheid, Bescheid oder Urteil.

Er prüft den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung hinsichtlich Tat- und Rechtsfragen summarisch ohne notwendige mündliche Verhandlung. Das vorbeugende Feststellungsverfahren ist dagegen ein echtes kontradiktorisches Verfahren mit notwendiger mündlicher Verhandlung.

Die einstweilige Verfügung will eine vorläufige Regelung schaffen. Die vorbeugende Feststellunsklage einen endgültigen Zustand herbeiführen.

---

1) Vgl. BVerfG in NJW 1958 S. 987;

Zwischen einstweiliger Verfügung und vorbeugender Feststellungsklage bestehen Wechselbeziehungen: eine vorläufige Regelung ist dann nicht notwendig, wenn der Verwaltungsrichter über die Hauptsache rechtzeitig und wirkungsvoll entscheiden kann. Erfordert andererseits die Hauptsache eine umfangreiche Prüfung der Tat- und Rechtsfragen, so würde die Entscheidung zu spät kommen, wenn bereits eine vollendete Tatsache geschaffen ist. Hier ist die einstweilige Verfügung dringend erforderlich.

IV.

Das Ergebnis

Die einstweilige Verfügung verstärkt im Verwaltungsprozeß den vorbeugenden Rechtsschutz. Sie erst macht die vorbeugende Feststellungsklage zu einer wirksamen Abwehrklage gegen drohende rechtswidrige Verwaltungsakte oder drohendes rechtswidriges Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge. Man wird kurz sagen können: einstweilige Verfügung und vorbeugende Feststellungsklage ergänzen sich notwendig.

§ 20
Ergebnis des Kapitels

Die vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis kann sich mit der Normenkontrollklage und der Aufhebungsklage berühren. Es ist letzten Endes eine Frage des Feststellungsinteresses, ob der Kläger eine vorbeugende Feststellungsklage, eine Normenkontrollklage oder eine Aufhebungsklage erheben kann. Dagegen kann die vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis mit der Vornahmeklage niemals zusammentreffen.

Die vorbeugende Feststellungsklage kann im Subjektions-, Gleichordnungs- und Grenzbereich mit der Unterlassungsklage konkurrieren. Auch hier hängt die Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage vom Feststellungsinteresse ab.

Die einstweilige Verfügung hindert die vorbeugende Feststellungsklage nicht. Im Gegenteil: beide Prozeßinstitute ergänzen sich notwendig.

Daraus folgt für die drei Fallgruppen als endgültiges Untersuchungsergebnis:

Mit der vorbeugenden Feststellungsklage können sich wehren: der Grundstückseigentümer gegen die drohende Enteignung, die Wohnungseigentümer gegen die drohende Beschlagnahme der Werkwohnungen, die Heilgymnastin, der Heilpraktiker und der Schiffahrtsverband gegen die drohenden Strafanzeigen, die Bundespost gegen die ständigen Gebührenrechnungen und die Propstei gegen die drohende Nicht-Hinzuziehung zu dem Siedlungsfestsetzungsverfahren.

Lassen sich die von der vorbeugenden Feststellungsklage erfaßten Fälle systematisch darstellen?

Kapitel 4

Das Anwendungsgebiet der vorbeugenden Feststellungsklage

§ 21

Die Fragestellung

Die vorbeugende Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß ist nur zulässig, wenn eine Verwaltungs-Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts droht. Der Verwaltungsrechtslehre ist es bisher nicht gelungen, das öffentliche Recht vom privaten Recht rechtstheoretisch abzugrenzen. Die Interessentheorie[1] wird kaum noch vertreten, die Subjektionstheorie[2] ist erheblichen Bedenken ausgesetzt und Hans J. Wolffs Theorie[3] hat sich bislang noch nicht allgemein durchgesetzt. Für unser Problem genügt die Subjektionstheorie. In Zweifelsfällen ist Hans J. Wolffs Theorie zu Rate zu ziehen.

Ist der öffentlich-rechtliche, genauer der verwaltungsrechtliche Bereich abgesteckt, dann können folgende vorbeugende Feststellungsklagen in Betracht kommen:

daß der Kläger, ein Zahnarzt, eines Erlaubnisscheines zum Erwerb und Schmelzen von Edelmetallen nach dem Gesetz über den Verkehr mit Edelmetallen vom 11. Juli 1923 nicht bedürfe[4];

daß die Polizeidirektion Bremen nicht berechtigt sei zu verlangen, daß für diejenigen Personen, welche in Wirtschaften und Hotels der Stadt Bremen die Zeitschriften der Heilsarmee verkaufen, Legitimationsscheine ausgestellt würden;

daß die Stadt Bremen den Kläger endgültig zur Reinigung eines Fleets nicht heranziehen dürfe[5];

daß die Polizei nicht berechtigt sei, für den Polizeischutz von künftigen Geldtransporten der Bundespost eine Verwaltungsgebühr zu berechnen;

daß die beklagte Gesundheitsbehörde nicht berechtigt sei, einer Heilgymnastin oder einem Heilpraktiker mit Strafanzeige zu drohen;

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.98 Anm.2; Merkl, Verwaltungsrecht, S.81;
2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.98 ff;
3) Vgl. Hans J. Wolff, Unterschied, AöR Bd.76 S. 205 ff;
4) Vgl. VGH Hamburg vom 3. November 1924 HansRZ 1925 Sp. 326;
5) Vgl. S. 58 ff dieser Abhandlung;

daß die Stadt Hamburg verpflichtet sei, die Propstei B bei künftigen Siedlungsmaßnahmen zu hören;

In diesen Fällen mußten die Verwaltungsgerichte prüfen, ob ein konkretes Rechtsverhältnis vorlag und ob der Kläger ein Feststellungsinteresse hatte.

Das konkrete Rechtsverhältnis ist die zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten untereinander oder zwischen Rechtssubjekten und Rechtsobjekten durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierte Beziehung. Dieser Begriff ist - wie wir jetzt zusammenfassend feststellen können - außerordentlich weit. Im Zweifel ist ein konkretes Rechtsverhältnis anzunehmen. Der Begriff "Rechtsverhältnis" ist damit auf vier Funktionen beschränkt. Er dient:

1) zur Abgrenzung von der Popularklage;

2) zur Trennung von dem selbständigen Normenkontrollverfahren;

3) zur Bestimmung des Programmes des vorbeugenden Feststellungsprozesses und

4) zur Bestimmung des Umfanges der Rechtskraft des vorbeugenden Feststellungsurteils.

Im übrigen kann der Begriff "Rechtsverhältnis" die Zulässigkeit vorbeugender Feststellungsklagen nicht einengen.

Für den vorbeugenden Feststellungsprozeß ist deshalb das Feststellungsinteresse entscheidend. Es wurde geklärt, daß der Kläger unter folgenden vier Voraussetzungen ein Feststellungsinteresse hat:

1) Der Kläger ist durch eine tatsächliche Ungewißheit gefährdet.

2) Er hat ein berechtigtes Interesse.

3) Er ist an alsbaldiger Feststellung interessiert.

4) Er hat keinen einfacheren Weg, um sein Klagebegehren durchzusetzen.[1)]

Im öffentlichen Recht gibt es drei Bereiche: das Subordinationsverhältnis, das Gleichordnungsverhältnis und, da sich beide Beziehungen nicht scharf voneinander trennen lassen, den Grenzbereich.

---

1) Vgl. S. 97 dieser Abhandlung;

Wann hat der Kläger in diesen drei öffentlich-rechtlichen Bezirken für die vorbeugende Feststellungsklage ein Feststellungsinteresse?

§ 22

Die vorbeugende Feststellungsklage im Subjektionsverhältnis

Öffentliches Recht ist grundsätzlich Subordinationsrecht.[1] Der Staat tritt dem Einzelnen hoheitlich gebietend oder verbietend gegenüber. Das Mittel ist der Verwaltungsakt. Als Ausgleich ist nach Artikel 19 Abs. 4 GG in der Regel jeder Verwaltungsakt anfechtbar. Die spezifische Klageform ist die Aufhebungsklage. Es wurde festgestellt,[2] daß die Aufhebungsklage zusammen mit der vorbeugenden Feststellungsklage Abwehrklagen sind. Sie sind zu verschiedenen Zeitpunkten zulässig: bis zum Erlaß eines Verwaltungsaktes ist die vorbeugende Feststellungsklage möglich, danach kommt die Aufhebungsklage in Betracht. Daraus ergibt sich die erste Einschränkung. Die vorbeugende Feststellungsklage kann im Subjektionsverhältnis nur gegen solche Verwaltungsakte zulässig sein, die im Falle eines Erlasses mit der Aufhebungsklage angreifbar sind. Daraus folgt: Da eine Aufhebungsklage gegen acte de gouvernement nicht zulässig ist,[3] kann insoweit die vorbeugende Feststellungsklage nicht gegeben sein.

Im übrigen können folgende Verwaltungsakte drohen:

1) Einseitige und mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte.

Der einseitige Verwaltungsakt besteht nur aus einer behördlichen Maßnahme, wie z.B. der Polizeiverfügung und dem Steuerbescheid. Der Betroffene oder Dritte wirken nicht mit.[4] Dagegen fordert Otto Mayers[5] Verwaltungsakt auf Unterwerfung; Walter Jellineks[6] zweiseitiger Verwaltungsakt oder Forsthoffs[7] mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt einen Antrag des Betroffenen. Der Adressat wirke dabei in der Weise mit, - so führt Forsthoff[8] aus -daß er durch eine Willensbekundung die Verwaltungstätigkeit erst auslöse, welche mit dem Ergehen des Verwaltungsaktes abschließe. Hauptbeispiele sind: Einbürgerung, Begründung eines Beamtenverhältnisses, Ehelichkeitserklärung, Genehmigung der Adoption[9]. Fehlt der Antrag, dann ist der Verwaltungsakt nichtig.[10]

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.98;
2) Vgl. S. 11 dieser Abhandlung;
3) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 443 ff;
4) Vgl. Peters, Lehrbuch, S.153;
5) Otto Mayer, Verwaltungsrecht, S.98;
6) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S.249 ff;
7) Forsthoff, Lehrbuch, S.188 ff;
8) Forsthoff, Lehrbuch, 2.Auflage, S.170, 171;
9) Vgl. Forsthoff aaO S.188 mit Anm. 2;
10) Vgl. Forsthoff aaO S.190;

Der nichtige Verwaltungsakt ist grundsätzlich unbeachtlich.[1] Der Betroffene ist an ihn nicht gebunden. Er kann die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes jederzeit geltend machen. Deswegen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die vorbeugende Feststellungsklage. Da aber der nichtige mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt die durch Artikel 19 Abs. 4 GG geschützte Rechtsstellung nicht verletzt, wird der Kläger in der Regel kein Rechtsschutzinteresse für die vorbeugende Feststellungsklage nachweisen können. Das wird nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen möglich sein. Vielmehr sind hier in der Regel Vorverfahren und Aufhebungsklage einfacher. Die vorbeugende Feststellungsklage kann daher lediglich als Abwehrwaffe gegen einseitige Verwaltungsakte sein.

2) Belastende und begünstigende Verwaltungsakte

Belastend ist ein Verwaltungsakt, der neue Pflichten begründet oder bestehende weiter konkretisiert. Begünstigend sind solche Verwaltungsakte, die Rechte verleihen oder sonstige Vergünstigungen gewähren,[2] z.B. Erlaubniserteilung, Dispens, Konsens, Zuweisung von Wohnräumen, Konzession (Wassernutzungsrecht, Bergmutungsrecht), Verleihung der Rechtsfähigkeit, Patenterteilung, Naturalisation[3]. Diese Beispiele zeigen: der begünstigende und der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsrecht sind identisch. Daher ist die vorbeugende Feststellungsklage grundsätzlich gegen begünstigende Verwaltungsakte unzulässig. Außerdem fehlt in diesem Fall regelmäßig die "Beschwer". Sie ist nur gegeben, wenn der Staat zum Nachteil des Betroffenen handelt. Durch den begünstigenden Verwaltungsakt soll aber die Rechtsstellung des Adressaten verbessert werden.

Verweigert der Staat einen begünstigenden Verwaltungsakt oder droht er, einem begünstigenden Verwaltungsakt eine unzulässige Nebenbestimmung, wie Bedingung, Auflage, Befristung oder Widerrufsvorbehalt,[4] beizufügen, dann ist die Vornahmeklage das zulässige Rechtsmittel. Das ist a majore ad minus zu schließen, denn die Beifügung der unzulässigen Nebenbestimmung ist eine Teilverweigerung, und gegen die Weigerung der Behörde ist die Weigerungsgegenklage möglich.[5] Der Betroffene wird in diesem Fall an einer Klärung im Vorwege in der Regel kein Rechtsschutzinteresse haben, denn die Behörde muß binnen zwei Monaten handeln; sonst ist die Untätigkeitsklage gegeben.[6]

---

1) Vgl. Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 208;
2) Vgl. Peters, Lehrbuch, S.155;
3) Vgl. Nebinger, Verwaltungsrecht, S.205;
4) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.190;
5) Vgl. S.121ff dieser Abhandlung;
6) Vgl. S.121ff dieser Abhandlung;

Der belastende Verwaltungsakt kann sein:

a) beurkundend: Das sind Eintragungen in ein öffentliches Register (Standesamt, Katasteramt) oder Herstellung einer besonderen Urkunde. Diese Verwaltungsakte begründen, ändern oder heben keine Rechte auf. Sie haben lediglich eine erhöhte Beweiskraft.[1] Die drohende unrichtige Beurkundung kann zwar den Betroffenen verletzen. Da er aber jederzeit die Unrichtigkeit nachweisen kann, besteht - abgesehen von besonderen Ausnahmefällen - kein Bedürfnis, die vorbeugende Feststellungsklage zuzulassen.

b) feststellend: Das sind Verwaltungsakte, die bestimmte Eigenschaften von Personen oder Sachen feststellen, um daraus rechtliche Folgen abzuleiten, z.B. Feststellung der Öffentlichkeit eines Weges, Feststellungsbescheide im Steuerrecht, Defektenbeschlüsse, Planfeststellungen im Enteignungsverfahren[2], Einwohner- und Bürgereigenschaft im Sinne des Kommunalrechts, Wahlrecht, Wahlfähigkeit, Zugehörigkeit zu einem Unterstützungswohnsitz[3]. In dieser Fallgruppe begründet die Rechtsnorm die öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten. Ein bestimmter Sachverhalt aktualisiert sie. Der Verwaltungsakt stellt die konkretisierten öffentlich-rechtlichen Beziehungen lediglich fest.

Kann der Betroffene den drohenden feststellenden Verwaltungsakt mit der vorbeugenden Feststellungsklage angreifen ?

Artikel 19 Ab. 4 GG setzt voraus, daß der Betroffene durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Die öffentliche Gewalt sind alle staatlichen Funktionen mit Ausnahme der fiskalischen Betätigung[4] und - so muß man für die vorbeugende Feststellungsklage hinzufügen - der Akte der materiellen Gesetzgebung; denn Gegenstand der vorbeugenden Feststellungsklage kann nur ein konkretes Rechtsverhältnis, nicht aber eine abstrakte Rechtsnorm sein.

Innerhalb der Gruppe der feststellenden Verwaltungsakte verletzt aber die Rechtsnorm in Verbindung mit dem aktualisierten Tatbestand die Rechtssphäre des Betroffenen. Der Verwaltungsakt kann die Rechte des Betroffenen daher nicht mehr beeinträchtigen. Ebenso wenig kann der drohende feststellende Verwaltungsakt die

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 187;
2) Vgl. Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 205;
3) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.187; Merkl, Verwaltungsrecht, S. 180 ff;
4) Vgl. S.148 dieser Abhandlung;

Rechtsposition des künftigen Adressaten gefährden. In dieser Fallgruppe fehlt also dem Kläger für die vorbeugende Feststellungsklage in der Regel das Rechtsschutzbedürfnis. Nur in besonderen Ausnahmefällen wird ein Feststellungsinteresse anzuerkennen sein.

c) gestaltend: Das sind solche Verwaltungsakte, "durch welche kraft der gesetzlichen Gewalt der zuständigen Behörden neue Rechtsverhältnisse begründet oder solche geändert bzw. aufgehoben werden"[1], z.B. Verweigerung einer Bauerlaubnis, Enteignung, Entziehung der Rechtsfähigkeit, Entlassung aus dem öffentlichen Dienst, Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes.[2] [3] Diese Verwaltungsakte können die Rechtssphäre des Betroffenen unmittelbar verletzen. Der Einzelne benötigt deshalb Rechtsschutz bereits gegen den drohenden Verwaltungsakt, z.B. wenn der Staat einem Gastwirt droht, ihm die Konzession zu entziehen[4]. Der Kläger hat zwar grundsätzlich einen einfacheren Weg durch Einspruch oder Beschwerde und Aufhebungsklage. Dieser ist aber in folgenden Fällen nicht gangbar:

aa) bei adressatlosen Verwaltungsakten, z.B. bei Aufnahme eines Wasserlaufs in das Verzeichnis der Wasserläufe zweiter Ordnung nach § 4 ff preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913 (GS. S. 53), Widmung und Entwidmung eines Weges[5]. Da in diesen Fällen keine potentiell verbindliche Entscheidung vorliegt, kann der Betroffene keine Anfechtungsklage erheben[6]. Gegen den drohenden adressatlosen Verwaltungsakt muß daher die vorbeugende Feststellungsklage zulässig sein.

bb) bei Realakten. Wenn die Behörde mit einem Realakt in die Rechtsstellung des Betroffenen eindringt, kann jeglicher Rechtsschutz lediglich ausgleichend und darum nur mangelhaft sein. Schaden verhüten, ist besser als Schaden vergüten. Der Rechtsschutz muß so früh wie möglich eingreifen, vor allem auch, weil Einspruch oder Beschwerde hier keine aufschiebende Wirkung haben können. Auch hier muß die vorbeugende Feststellungsklage möglich sein.

---

1) So Merkl, Verwaltungsrecht, S. 186;
2) Vgl. Nebinger, Verwaltungsrecht, S.204, 205;
3) Merkl, Verwaltungsrecht, S.187 weist zutreffend darauf hin, daß der Gegensatz zwischen deklarativen und konstitutiven Verwaltungsakten nicht absolut, sondern nur relativ zu sehen ist. In jedem konstitutiven Verwaltungsakt findet sich ein deklaratives und in jedem deklarativen Akt ein konstitutives Element. Deshalb muß in Zweifelsfällen ein konstitutiver Verwaltungsakt angenommen und die vorbeugende Feststellungsklage als zulässig angesehen werden.
4) Vgl. S.50 dieser Abhandlung
5) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S.181;
6) Vgl. Menger, System, S. 99 ;

cc) in besonderen Fällen, z.B. wenn der drohende Verwaltungsakt die Existenz des Betroffenen unmittelbar gefährdet, also insbesondere bei der Androhung, die Konzession zu entziehen, oder das Grundstück zu enteignen. Hierher gehören auch die Fälle, in denen die Behörde den angekündigten Verwaltungsakt hinauszögert oder zugleich mit Strafanzeige droht.[1]

d) befehlend: Das sind die Verwaltungsakte, die ein Gebot oder Verbot enthalten, z.B. die Polizeiverfügung.[2] Die drohenden befehlenden Verwaltungsakte können gestaltend oder feststellend sein. Soweit sie die Rechtslage künftig gestalten wollen, darf auf Fallgruppe c) verwiesen werden. Das gilt auch, wenn sie konkrete Rechtsverhältnisse feststellen wollen, denn sie werden neben der Feststellung den hoheitlichen Befehl und damit die Ankündigung von unmittelbaren Zwangsmaßnahmen enthalten. Ob und wieweit der Einzelne sich davor schützen kann, ergibt Fallgruppe c).

e) selbständig oder unselbständig: je nachdem ob der Verwaltungsakt erstmalig oder als unmittelbare Folge eines bereits erlassenen Verwaltungsaktes droht. Wegen des ersten Falles darf auf das Vorhergehende verwiesen werden. Bei den unselbständigen Verwaltungsakten ist zu unterscheiden, ob der ursprüngliche Verwaltungsakt rechtskräftig ist oder nicht. Ist der ursprüngliche Verwaltungsakt noch nicht rechtskräftig, dann kann der Betroffene nur das zulässige Rechtsmittel einlegen. Für die vorbeugende Feststellungsklage ist kein Raum. Anderenfalls könnte der Staatsbürger Vorverfahren und Fristen umgehen.

Ist dagegen der ursprüngliche Verwaltungsakt rechtskräftig, so kann der Betroffene die drohende Vollziehungsmaßnahme nur angreifen, wenn der zu Grunde liegende Verwaltungsakt nichtig ist. Dann aber muß die vorbeugende Feststellungsklage zulässig sein. Denn der Vollzugsakt wird ein Realakt sein, und einen drohenden gesetzwidrigen Realakt kann der Betroffene nur durch vorbeugende Maßnahmen - in unserem Fall also durch die vorbeugende Feststellungsklage - abwehren. Prophylaxe ist besser als Therapie.

---

1) Droht die Behörde nur mit Strafanzeige, dann liegt ein Fall im Gleichordnungsbereich vor, vgl. S. 5 dieser Abhandlung;
2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 186 ;

§ 23

Die vorbeugende Feststellungsklage im Gleichordnungsverhältnis.

Das Gleichordnungsverhältnis ist der Bereich zwischen den einseitig hoheitlichen Funktionen des Staates und dem Privatrecht. Materiell vermischen sich hier öffentliches und privates Recht. Dieser Bereich ist gleichgeordnet, weil die Rechtsträger, die sich gegenüberstehen, den gleichen Rang haben, oder weil sich der Staat mit dem Gewaltunterworfenen koordiniert, um seine öffentlich-rechtlichen Aufgaben zu erfüllen. Hier liegt der Bereich der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge.[1)]

Das materiell-rechtliche Gleichordnungsverhältnis kommt verwaltungsprozessual nur als ursprüngliche Verwaltungsstreitigkeit in Betracht; denn eine potentiell verbindliche Entscheidung kann in diesem Bereich nicht drohen. Innerhalb der ursprünglichen Verwaltungsstreitsachen kann mit der vorbeugenden Feststellungsklage die Unterlassungsklage konkurrieren. Diese Abgrenzung ist eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses. Der Kläger kann die vorbeugende Feststellungsklage wählen, wenn sie einfacher ist. Sie ist einfacher, wenn sie prozeßökonomischer ist.[2)]

In diesem Bereich scheidet Nr. 4 der Voraussetzungen für das Feststellungsinteresse (der Kläger hat keinen einfacheren Weg) aus. Sie ist für die vorbeugende Feststellungsklage im Gleichordnungsverhältnis kein besonderes Problem. Der Kläger kann daher gegen drohende gesetzwidrige Maßnahmen im Gleichordnungsverhältnis die vorbeugende Feststellungsklage in den Fällen Nr. 1 bis 3 erheben:

wenn er durch eine tatsächliche Ungewißheit gefährdet ist und er ein berechtigtes Interesse an alsbaldiger Feststellung darlegen kann. Die Entscheidung hängt vom einzelnen Fall ab.

Welche Gegenstände des öffentlichen Rechts kommen in Betracht ?

Es handelt sich hier um den potentiellen Bereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages[3)]. Der Staat kann sich mit dem Einzelnen sowie zwei oder mehrere Träger hoheitlicher Gewalt können sich untereinander koordinieren, wenn nicht das Gesetz oder die Natur der staatlichen

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 116 ff;
2) Vgl. Blüher, Jahrbuch des sächs.OVG Bd.16 (1911) S.1 ff: "... Im Gegensatz zum Zivilprozeß trete ... in der Verwaltungsrechtspflege die Frage auf: Wozu eine Verurteilung, wenn eine Feststellung bereits genügt?" Siehe ferner Kisch, Urteilslehre, S. 200;
3) Vgl. Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.159 ff;

Funktionen ein einseitig hoheitliches Handeln gebieten[1]. Die Finanzämter schließen z.B. öffentlich-rechtliche Verträge, wenn sie Steuerfibeln verkaufen[2]. Ebenfalls sind die Verträge der Gemeinden mit als gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen geführten Versorgungsbetrieben (Gas, Elektrizität) öffentlich-rechtlicher Natur.

Einen lückenhaften, aber anschaulichen Überblick über das Anwendungsgebiet der vorbeugenden Feststellungsklage im Gleichordnungsverhältnis gibt Artikel 5 der Bayerischen VO Nr. 85 vom 27. September 1946 (GVBl. S. 291) zur Ausführung des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25. September 1946 (GVBl. S.281). Danach kommen folgende Streitsachen in Betracht:

1. Wasserrecht, soweit die Streitigkeiten nicht unter Art.4 dieser Verordnung fallen oder ein besonderes Entschädigungsverfahren (Art. 195 des Wasserrechts) vorgeschrieben ist;

2. Anspruch eines Fischereiberechtigten gegen den Wassereigentümer oder sonst am Gewässer Berechtigten nach Art.79 des Fischereigesetzes vom 15. August 1908 (GVBl., 527);

3. Zugehörigkeit von Grundstücken zu einer Gemeindemarkung oder einer abgesonderten Markung;

4. Aufhebung und Ablösung von Nutzungsrechten an Gemeindevermögen;

5. Ansprüche auf allgemeine und besondere Nutzungen des Gemeindevermögens und die damit zusammenhängenden Verpflichtungen;

6. öffentliche Eigenschaft eines Weges mit Zuhörungen, einer Brücke oder eines Abzugskanals; Herstellung und Unterhaltung der nicht in die Klasse der Autobahnen, Staatsstraßen oder Landstraßen gehörigen öffentlichen Wege, Brücken, Fähren, Stege und Abzugskanäle;

7. Genuß oder Mitgenuß von Stiftungen: Rechte in bezug auf die Stiftungsverwaltung und Verleihung des Stiftungsgenusses;

8. Ansprüche von Fürsorgeverbänden gegeneinander oder gegen den Staat auf Ersatz von Aufwendungen für die öffentliche Unter-

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 234, 244;
2) Vgl. KG vom 18. September 1956, NJW 1957 S.1076; Rupp, Beseitigungs- und Unterlassungsklage, DVBl. 1958, S. 113 ff;

stützung Hilfsbedürftiger; Ersatzansprüche von Personen, die ohne Rechtspflicht geleistet haben[1].

9. Ersatzpflicht des Unterstützten und seiner Erben sowie des Ehegatten und der Eltern des Unterstützten;

10. Kosten der Fürsorgeerziehung nach dem Jugendamtsgesetz vom 20. Juli 1925 (GVBl. S. 211) i.d.F. vom § 13 des Gesetzes vom 1. August 1930 (GVBl. 267);

11. Kirchliche Simultanverhältnisse[2];

12. Zugehörigkeit zu einem Pfarrverband oder einem Kirchengemeindeverband; Pfarrsprengelgrenzen; Grenzen eines sonstigen Kirchengemeindebezirks, eines Haupt- oder Fernbezirks;

13. Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem Kirchen- und Pfarrverband; Dienste und andere Leistungen für kirchliche Zwecke mit Ausnahme der Kirchensteuer, Verbindlichkeit zur Entrichtung besonderer Vergütungen für die Benützung solcher Leistungen;

14. Ansprüche auf Interkalargefälle erledigter kirchlicher Pfründen, Verteilung der Dienstерträgnisse und Lasten bei Erledigung kirchlicher Pfründen unter den Beteiligten;

15. Haftung der kirchlichen Pfründenbesitzer aus der Verwaltung oder Nutznießung des kirchlichen Pfründevermögens einschließlich der Haftung aus der baulichen Unterhaltung der Pfründegebäude (Baufallschätzung), Ansprüche der Genannten wegen des Aufwandes für Verbesserungen;

16. Ansprüche und Reichnisse aus dem israelitischen Kultusverband;

17. Ansprüche hinsichtlich der Besetzung von weltlichen Kirchendienststellen;

18. Zugehörigkeit zu einer Volksschule; Schulsprengelgrenzen;

19. Verbindlichkeit zu Leistungen für den persönlichen und sächlichen Schulbedarf, besonders für die Bau- und Unterhaltungskosten der Schulhäuser und der Gebäude, die zugleich Schul- und Mesnerhäuser sind, sowie für Einrichtung und Beheizung der Schulräume;

20. Verteilung und Aufbringung des Schulbedarfs in Schulverbänden;

---

1) Diese Streitigkeiten gehören nicht mehr vor die Verwaltungsgerichte, vgl. Jehle, Fürsorgerecht, S. 607;
2) Es ist zweifelhaft, ob in den Fällen der Nr. 11 - 17 der Verwaltungsrechtsweg überhaupt gegeben ist. Vgl. Bunte, Parteistreitigkeiten, S. 75 ff; Vischer, S. 18 ff;

21. Streitigkeiten aus Art. 68 des Schulbedarfsgesetzes vom 14. August 1919 (GVBl. 109) i.d.F. des Art. 20 Abs. 2 des Schulbedarfsgesetzes vom 11. Januar 1939 (GVBl. 12);

22. Streitigkeiten nach § 21 Abs. 2 des Gesetzes über die Unfallfürsorge für Gefangene vom 30. Juni 1900 (RGBl. S. 536).

Die Fallgruppen, in denen nach dem früheren preußischen Recht besondere Feststellungsklagen zulässig waren, erfaßt heute meistens die allgemeine Feststellungsklage. Sie sind daher auch ein mögliches Anwendungsgebiet der vorbeugenden Feststellungsklage als dem Unterfall der allgemeinen Feststellungsklage. Nach Reusch[1] und Traum[2] waren in Preußen in folgenden Fällen besondere Feststellungsklagen zulässig:

1) Streitigkeiten zwischen den Beteiligten wegen der Teilnahme an Schul-, Wegebau- oder sonstigen Gemeindelasten[3].

2) Streitigkeiten der Beteiligten über die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wasserlaufs oder seiner Ufer[4].

3) Streitigkeiten der Beteiligten über die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur polizeimäßigen Reinigung eines öffentlichen Weges[5].

4) Streitigkeiten der Beteiligten über ihre gegenseitigen öffentlich-rechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen bei der Ausübung der Jagd.

5) Streitigkeiten über die kommunalrechtliche Natur eines Grundstückes, über die bestehenden Grenzen von Kommunalbezirken, über die Eigenschaft eines Ortes als Gemeinde oder eines Gutes als selbständiger Gutsbezirk[6].

6) Streitigkeiten darüber, ob ein Gewässer als geschlossenes zu betrachten ist[7].

---

1) Reusch, Feststellungsklage, S. 47, 48;
2) Traum, Feststellungsklage, S. 57-62; er hat einen ähnlichen Katalog für Bayern und Sachsen aufgestellt;
3) Vgl. OVG Bd.7 S.322; Bd.8 S.204; Bd.14 S.293; Bd.15 S.271; Bd.24 S.243; Bd. 28 S.209; Bd.36 S.280; Bd.40 S.229;Bd.45 S.195;
4) Vgl. OVG Bd.78 S.306;
5) Vgl. OVG Bd.76 S.351;
6) Vgl. OVG Bd. 8 S. 90; Bd.12 S. 178 ff;
7) Vgl. OVG Bd.11 S.276; Bd.15 S. 344;

7) Streitigkeiten über die Nichtigkeit eines Jagd- oder Fischereipachtvertrages[1].

8) Streitigkeiten über die Zugehörigkeit zu einer öffentlichen Wassergenossenschaft[2].

9) Streitigkeiten über den Besitz oder Verlust des Gemeindebürgerrechts[3].

10) Streitigkeiten über die Rechte und Pflichten der Inhaber von Innungsämtern[4].

§ 24

Die vorbeugende Feststellungsklage im Grenzbereich

Die Grenze zwischen hoheitlichem und nicht-hoheitlichem Handeln ist häufig schwierig zu ziehen. Dadurch darf auf keinen Fall der vorbeugende Rechtsschutz vernachlässigt werden. Das verbietet Artikel 19 Abs. 4 GG: Im Zweifel ist daher die vorbeugende Feststellungsklage zulässig. Hierher gehören z.B. folgende Fälle: die Behörde hat die Möglichkeit, mit Verwaltungsakt oder schlichtem Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge vorzugehen und droht beides an. Oder die Behörde weiß nicht, wie sie ihr Handeln rechtlich qualifizieren soll. So lag es in dem Heilpraktiker-Fall, den das BVerwG am 9. Mai 1957 entschieden hat.[5] Der Amtsarzt hatte dem Heilpraktiker mitgeteilt:"Mein Schreiben vom ... stellte weder einen Verwaltungsakt noch die Androhung eines Verwaltungsaktes dar." In dieser Fallgruppe hat der Kläger keinen einfacheren Weg als den der vorbeugenden Feststellungsklage, denn die Zulässigkeit von Einspruchsverfahren und Aufhebungsklage ist zweifelhaft, weil die Behörde ihr drohendes Verhalten selbst nicht als Verwaltungsakt bezeichnet. Dagegen ist die Rechtslage für den Bedrohten ungewiß geworden. Ob er ein berechtigtes Interesse an alsbaldiger Feststellung hat, hängt allerdings von den näheren Umständen des einzelnen Falles ab. Hier sind endlich die Fälle zuzuordnen, in denen nicht feststeht, ob die Drohung selbst z.B. die Ankündigung einer Maßnahme, die Belehrung, die Äußerung eines Standpunktes, die Auskunft bereits einen Verwaltungsakt darstellt.[6]

---

1) Vgl. OVG Bd.70 S.399;
2) Vgl. § 206 Wassergesetz vom 7. April 1913;
3) Vgl. §§ 11 Abs.1, 27 Abs.1 Nr.1 Zuständigkeitsgesetz;
4) Vgl. §§ 136, 137 Zuständigkeitsgesetz;
5) BVerwG vom 9.Mai 1957, MDR 1957 S. 503;
6) Vgl. Weyreuther, Unterlassungsklage, S.183 mit eingehenden Nachweisen; vgl. auch Menger, System, S.101,111; er führt bei der Unter

§ 25

Ergebnis des Kapitels.

Die von Richard Naumann in einer Schrift "Vom vorbeugenden Rechtsschutz"[1] aufgeworfene Frage, ob die vorbeugende Feststellungsklage für den Verwaltungsprozeß den vorbeugenden Rechtsschutz übernehmen kann, läßt sich dahin beantworten, daß es durchaus Fälle gibt, in denen die vorbeugende Fststellungsklage zulässig ist. Diese Fälle lassen sich systematisch darstellen.

Fortsetzung der Anmerkung von voriger Seite:
suchung der Frage, welche Verwaltungshandlungen nicht von der Aufhebungsklage umfaßt werden, aus:" Neben den Fällen, in denen der Verwaltungsakt keine Adressaten, sondern nur mittelbar Betroffene hat, sind ferner auszuscheiden jene Fälle, in welchen die Behörde nur eine Auskunft, auch eine solche gegenüber einem Zivilgericht erteilt, von der Entscheidung einer anderen Behörde Mitteilung macht, einen Ratschlag, einen Hinweis, eine Empfehlung oder eine Belehrung gibt, eine Verwarnung ohne konkrete Androhung von Zwangsmitteln erteilt, oder mit ihrer Äußerung nur die Vorbereitung oder die Ankündigung eines später zu erlassenden Verwaltungsaktes oder die Wiederholung eines bereits ergangenen Verwaltungsaktes bezweckt. Dort liegt wohl ein formeller, aber kein materieller Verwaltungsakt vor.-"

1) Richard Naumann, Gedächtnisschrift, S.391; ff;

C. Schluß

Ergebnis der Untersuchung.

Die vorbeugende Feststellungsklage ist nötig und möglich.

Sie ist stets ursprüngliche Verwaltungsstreitsache. Sie ist im Grenz-, Gleichordnungs- und Subjektionsverhältnis zulässig.

Ihr Streitgegenstand ist ein gegenwärtiges konkretes Rechtsverhältnis. Der Begriff "Rechtsverhältnis" ist weit genug, um die Verpflichtung zu einem künftigen Handeln oder Unterlassen mit zu erfassen. Das Regulativ liegt im Feststellungsinteresse.

Die vorbeugende Feststellungsklage ist eine Abwehrwaffe gegen drohendes rechtswidriges öffentlich-rechtliches Verhalten. Sie ist die geeignete Klageform gegen schlichtes Verwaltungshandeln der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge sowie gegen adressatlose Verwaltungsakte und Realakte. Sie ist ferner zulässig, wenn der Staat den Erlaß des Verwaltungsaktes absichtlich oder unabsichtlich verzögert oder wenn besondere Gründe vorliegen. Unzulässig ist die vorbeugende Feststellungsklage in der Regel gegen unmittelbar bevorstehende Verwaltungsakte, die nicht Realakte oder adressatlose Verwaltungsakte sind.

Die vorbeugende Feststellungsklage unterscheidet sich qualitativ von der Aufhebungs- und Vornahmeklage sowie quantitativ von den anderen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts.

Die vorbeugende Feststellungsklage will mit dem selbständigen Normenkontrollverfahren vorbeugenden Rechtsschutz gewähren. Sie bezieht sich auf ein konkretes Rechtsverhältnis, das selbständige Normenkontrollverfahren auf einen abstrakten Rechtssatz im Range unter dem Gesetz.

Auch die einstweilige Verfügung dient dem vorbeugenden Rechtsschutz. Sie gibt in einem summarischen Verfahren nur eine vorläufige vorbeugende Regelung. Der Kläger kann dagegen mit der vorbeugenden Feststellungsklage in einem echten kontradiktorischen Verfahren eine endgültige vorbeugende Entscheidung erzwingen.

Die vorbeugende Feststellungsklage ist trotz der umstrittenen Unterlassungsklage zulässig, wenn sie sich gegen den Staat richtet oder aus sonstigen prozeßökonomischen Gründen geboten ist.

Lebenslauf

Am 3. Juni 1929 wurde ich als Sohn des Ingenieurs Heinrich Kreutziger in Hamburg geboren. Ich besuchte dort von 1935 bis 1939 eine Volksschule und von 1939 bis 1943 eine Mittelschule. 1943 wechselte ich in Braunschweig zur Oberschule über. Am 21. Februar 1949 bestand ich das Abitur.

Anschließend studierte ich in Braunschweig an der Technischen Hochschule von SS 1949 bis SS 1950 drei Semester Volkswirtschaft, in Marburg von WS 1950/51 bis SS 1951 zwei Semester Rechtswissenschaft, in Göttingen von WS 1951/52 bis SS 1953 vier Semester Rechtswissenschaft und in Speyer im WS 1955/56 ein Semester Verwaltungswissenschaften.

Am 13. November 1953 bestand ich das 1. juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfamt in Oldenburg. Ich begann am 15. Dezember 1953 den Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig. Am 15. November 1957 bestand ich vor dem Niedersächsischen Prüfungsamt in Hannover die 2. juristische Staatsprüfung.

Zunächst war ich ein halbes Jahr im Rechtsamt der Stadt Salzgitter beschäftigt. Ich unterbrach meine Tätigkeit, um die vorliegende Arbeit zu beenden.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Werner, möchte ich für die mir erwiesene Unterstützung danken.